

(٩٢٧)

التراضي

أحوال وأحكام

من مصنفات الفقه

في المذاهب الأربعة

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٤هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام http://t.me/dralhoshan

WWW. NOOO. COM

"العزيز ، على ما وقع من اختلاف الرواية في ذلك ، في سماع يحيى من كتاب القسمة ، وكذلك على هذا القول إن استحق من نصيب أحدهم يسيرا أو كثيرا وجد بحظه عيبا تنتقض القسمة بين جميعهم . وأما على القول بأن القسمة بيع من البيوع ، فلا اختلاف في أن الذي استحق العبد من يديه ، يرجع على العبد ، بقي العبد في يديه بثلثه ، وعلى الذي مات العبد في يديه ، ثلث قيمته يوم صار إليه بالقسمة فإن قبض للمستحق ثمن كان بين جميعهم أثلاثا ، وإنما يختلف على هذا القول ، إذا استحق اليسير من نصيب أحدهم أو الكثير ، فقيل : إن استحق الكثير : إن القسمة تنتقض ، ويرد المستحق منه ما بقي في يديه ، ويرجع على أشراكه فيما في أيديهم ، إن كان قائما أو في قيمته إن كان فائتا ، وقيل إنها لا تنتقض ، فلا يكون له أن يرد الباقي في يديه ، وإنما له أن يرجع على أشراكه فيما في أيديهم ، فشاركهم فيه ، إن كان قائما بقدر مـا استحق من يديه ، وإن كان قد فات ما بأيديهم ، رجع عليهم بقيمة ذلكن دنانير أو دراهم . وأما إذا استحق اليسير ، فلا تنتقض القسمة ، ويرجع على أشراكه فيما في أيديهم ، فشاركهم فيه بقدر ما استحق من نصيبه ، إن كان ما بأيديهم لم يفت بوجه من وجوه الفوت ، فإن كان قد فات رجع عليهم بقدر ذلك دنانير أو دراهم ، وقيل : ليس له أن يرجع عليهم فيما في أيديهم ، فشاركهم فيه . وإن كان قائما ، وإنما له الرجوع عليهم بقيمة ذلك دنانير أو دراهم ، وهذا الاختلاف كله في هذا الوجه في المدونة .

وكذلك اختلفا أيضا في القسمة على **التراضي** بعد التعديل والتقويم ، بغير قرعة هل هي تمييز حق أو بيع من البيوع ؟ وأما القسمة على **التراضي** دون تقويم ولا تعديل ، ولا قرعة ، فلا اختلاف في أنها بيع من البيوع ، فلها حكمه." (١)

"في العيوب والاستحقاق ، على ما قد ذكرناه في القسمة بالقرعة على القول بأنها بيع من البيوع ، والأظهر في قسمة القرعة أن تكون تمييز حق ، وفي قسمة **التراضي** بعد التعديل والتقويم أن تكون بيعا من البيوع ، وبالله التوفيق .

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب

قال عبد الملك بن الحسن : سألت عبد الله بن وهب عن رجل كان بيده فرن يغتله بحضرة إخوته ، إلى أن مرض ، فأوصى بذلك الفرن لامرأة من الناس ، بحضرة عامة إخوته ، فلم ينكروا عليه ، ولم يدعوا فيه ، ثم صح من ذلك المرض ، فاحترق سقف الفرن ، فأنفق فيه وحده ، وأصلح بعض الفرن وزاد فيه ، وكان يأخذ خراجه ، ويرفق فيه من أحب إلى أن هلك ، فلما هلك ادعى إخوته أن الفرن كان لأبيهم . واحتج ورثة الهالك أن الفرن كان في يديه حتى هلك بما نصصت من وصيته فيه ، بحضرة عامتهم ، وإصلاحه إياه وحده ، وأخذه خراجه دونهم ، فهل يكون الفرن للذي كان بيده ع لى هذه الحال دون ورثة أبيه أم لا ؟ قال : إن كان يلي الفرن بجميع ما وصفت ، وكانوا كبارا يلون أنفسهم ليسوا بصغار أو سفهاء ، يولي عليهم ، وكان حوزه ذلك السنين التي تكون حيازة ، العشرة ونحوها وما أشبهها أو أكثر منها ، فهو له إذا كان حيا ، وادعاه دونهم ، ولورثته من بعده إن كان ميتا ، وإن أقاموا البينة على الأصل أن لأبيهم لم ينتفعوا بذلك ، إذا كان كذلك ، وإن لم يكن على ما وصفت لك في الحيازة أو كانوا صغارا لا ينظرون إلى أنفسهم ، أو تحت

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٢١٩/١١

يديه أو غيبا غيبة طويلة أو بعيدة ، وأثبتوا أن أصله كان لأبيهم ، مات وترك ميراثا بين جميعهم ، ثبتت حقوقهم فيه ، ولم يضرهم ما كان." (١)

"ناحيتها ولم يره مثل القطع التي وصفت قبل ذلك .

قال محمد بن رشد : الحكم في قسم حوائط النخل كالحكم في قسم الأرضين ما جاز من هذا قسمه بالسهمة جاز من هذا ، وما لم يجز من هذا فإذا كانت الحوائط في موضع أو كانت قريبة بعضها من بعضه مع إستوائها في القرب من الحاضرة التي تعمر منها أو تشابهها في ذلك قسمت قسما واحدا بالسهمة ، وان كان بعضها أقرب إلى الحاضرة بيسير تخرج ذلك عندي على اختلافهم في جواز قسم الأرض بالسهمة إذا كان بعضها أكرم وأطيب من بعض ، لأنها تتفق بالقرب كما تتفق بالكرم ، فتختلف لذلك قيمتها ، وحد اليسير في ذلك الميل والميلان ونحو ذلك ، وكذلك يختلف أيضا في جواز قسمتها بالسهمة إذا بعد بعضها من بعض وهي على حد واحد في القرب من الحاضرة ، لأن الأغراض تختلف في ذلك فتقسم قسما واحدا على ما في كتاب القسمة من المدونة في الدارين أنها تقسم قسما واحدا إذا استوت في النفاق و إ ن تباعدت في الموضع ، ويأتي على ما في رسم الأقضية من سماع أشهب من هذا الكتاب في قسمة الدور أنها لا تقسم قسما واحدا على **التراضي** وأما إن كان بعضها أقرب إلى الحاضرة بكثير فلا تقسم قسما واحدا بالسهمة لأنها لكثرة تباينها في القيمة كالصنفين ، فقول مالك في هذه الرواية في الذي هلك وترك خمسين عرقا بخيبر وخمسين عرقا بوادي القرى وخمسين في ناحية الفرع ويقسم ورثته على ثلاثة وعشرين سهما لأن النواحي يضم بعضها إلى بعض فتقسم قسما واحدا ولا يقسم نخل كل ناحية على حدة لأنه ضرر من أجل أنه لا يصير لكل واحد منهم أن قسموا كل عرق على حدة إلا نخلة ، يريد أن دعا إلى ذلك بعض الأشراك لأن معنى قوله فقالوا اقسموا كل أعرق على حدة أي فقال بعضهم ذلك جميعهم واتفقوا عليه لجاز على **التراضي** ولم يكن فيه كلام ، فقول مالك في هذه المسألة يأتي مثل قول عيسى ابن دينار في رسم حمل صبيا على دابة من." (٢)

"سماع عيسى في الأرض الكريمة والدينة إن الكريمة تقسم على حدة والدنية على حدة وإن كانت كل واحدة منهما

تحتمل أن تقسم على حدة .

ويأتي في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أنها لا تقسم إلا على حدة ، فإن لم تقسم على حدة بيعت على حدة وقسم الثمن بينهم إلا أن يتفقوا على قسمتها على **التراضي** بغير سهمه والثاني أنها تجمع في القسم وإن كانت تحتمل أن تقسم كل واحدة منهما على حدة والثالث الفرق بين أن تحتمل أن تقسم كل واحدة منهما على حدة أو لا تحتمل وهو قول مالك في هذه الرواية وقول عيسى ابن دينار الذي ذكرته في مسألة الأرض الكريمة والدنية ، وقول مالك في آخر المسألة ولم

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٢٢٠/١١

(٢) البي ا ن والتحصيل، ابن رشد الجد ١٠٦/١٢

يره مثل القطع التي وصفت لك قبل ذلك يريد والله أعلم ولم ير هذه الأعراق اليسيرة في كل ناحية التي لا تنقسم على سهام الورثة كالقطع الكثيرة التي تنقسم عليها .

ويتخرج في صفة قسمها بالسهمة فيما يقسم منها بالسهمة ثلاثة أقوال أحد ه ا أنها تقسم قسما واحدا من حيث تنتهي إليه سهامهم التي تنقسم منها وإن كان سهم أقلهم ينتهي إلى عشرة أسهم أو أكثر ، ثم يفرع بينهم أما على طرف بعد طرف ، وإما على طرفين بعد طرفين فمن خرج سهمه على طرف ضمن إليه بقية حقه منه وهو مذهب ابن القاسم في المدونة والثاني أنها تقسم على سهم أقلهم نصيبا فيسهم له على طرفين ، فيأخذ سهمه حيث خرج له ، ثم يقسم الباقي أيضا على من بقي على سهم أقلهم نصيبا مما بقى إلى آخرهم ، وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة ، وذلك يتبين بالتنزيل مثال ذلك أن تموت امرأة وتترك زوجا وأما وابنا وابنة فللأم السدس ، وللابنة السدس وثلث السدس وهي تنقسم من ستة وثلاثين سهما ، وترك أربعة حوائط تنقسم الحوائط الأربعة على مذهب ابن القاسم ستة وثلاثين قسما ثم يفرع بينهم إما على طرف بعد طرف وإما على الطرفين فمن خرج سهمه في." (١)

"الميت من دنانير أو دراهم أو طعام أو عرض أو حيوان أو عقار على خمسة أقوال أحدها أن لقسمة تنتقض لحق الله تعالي شاء الورثة أو أبوا ، فيكون ما هلك من جميعهم وما نما لجميعهم ، فيخرج الدين أو الوصية من ذلك ويقسم الورثة ما بقي أن بقي شيء ، وهذا قول مالك في رواية أشهب عنه ، والثاني أن القسمة تنتقض فيكون ما هلك أو نقص أو نما بين جميع الورثة إلا أن يتفق جميعهم على إلا ينقضوها ويخرجوا الدين أو الوصية أو الوصية من أموالهم فيقروها فيكون ذلك لهم ، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم المنصوص له في المدونة ، وقد اضطرب في ذلك قوله ، والثالث أن القسمة تنتقض أيضا فيكون ما هلك أو نقص أو نما بين جميعهم إلا أن لمن شاء من الورثة أن يخرج من ماله ما ينوبه من الدين ويحمل نوبه مما هلك ويبقى حظه في يديه ، فيكون ذلك له ، وهو قول ابن حبيب في الواضحة ، مثال ذلك أن يهلك المتوفي وله أربع بنين وي ترك عروضا ثمان بقرات في التمثل قيمة كل بقرة منها عشرة مثاقيل ، فيقسمونها بينهم فيأخذ كل واحد منهم منها بقرتين بقرتين ، فتموت بيد واحد منهم بقرة من البقرتين اللتين صارتا له في سهمه ويطرأ على المتوفي دين عشرة مثاقيل ، فإن الواجب في ذلك على مذهبه أن تنتقض القسمة ويخرج الدين من السبع بقرات الباقية ، فإن بيع فيه بقرة واحدة قسمت الستة الباقية بين البنين الأربعة بالسهمة حسبما مضي من الاختلاف في صفة القسمة بها أن لم يتفقوا على قسمتها **بالتراضي** ، ولمن شاء منهم على مذهبه أن يخرج من ماله ما ينوبه من الدين وذلك ديناران ونصف دينار ، ويحمل نوبه من قيمة البقرة التي مات ، وذلك دينار ونصف دينار أيضا أن كانت قيمتها عشرة فيؤدي خمسة دنانير ، دينارين ونصف دينار لصاحب الدين ، ودينارين ونصف لسائر الورثة ، ويترك حظه في يده ، ويردون الباقون جميع ما بأيديهم أن أبوا إلا نقض

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ١٠٧/١٢

القسمة فيق تسمون الخمس بقرات التي في أيديهم مع الدينارين ونصف دينار التي حمل الراضي بالقسمة بينهم على السواء بعد أن يؤدوا بقية الدين وذلك سبعة دنانير ونصف دينار ، والقول الرابع أن القسمة لا تنتقض ، وهو قول." (١)

"قال في العارية من المدونة إنها قرض ، وهو قول ابن الماجشون في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح خلاف قوله فيه إنه لا ضمان عليه في العين ولا في كل ما يغاب عليه إذا قامت البينة على تلفه ، وخلاف قول أصبغ في تفرقته بين العين وبين ما سواه مما يغاب عليه .

فيتحصل في العين والطعام والإدام إذا قامت البينة على تلفه ثلاثة أقوال أحدها أنه ضامن وهو قوله في هذه الرواية ، والثاني أنه لا ضمان عليه وهو قوله في سماع أصبغ من كتاب النكاح ، والثالث الفرق بين العين والطعام والإدام وما كان في معناه من المكيل والموزون كله ، وهو قول أصبغ ، وأما إذا لم تقم بينة على تلف ذلك فهو ضامن ولا اختلاف في العروض التي يغاب عليها أنه ضان إلا أن تقوم البينة على تلفها ولا في الحيوان الذي يغاب عليه أنه يصدق في تلفه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية

أخبرني من أرض أن عبد العزيز بن أبي سلمة الماج سون قال : إذا اقتسم الورثة الدور والأرضين على سنة اقتسامها ثم استحق منها بعض ما في أيديهم أو وجد ببعض ذلك عيب فإن القسم فإن القسم يعاد بينهم ، قال : وإن كانوا اقتسموا على وجه المراضاة وكلهم قد بلغ أن يحوز أمره فيما نظر فيه لنفسه ثم استحق بعض ذلك أو وجد معيبا مما يشتري ، وذلك أنهم إذا تراضوا فكأنما اشترى بعضهم من بعض إذا اقتسموا على وجه الاقتسام .

قال محمد بن رشد : تفرقة عبد العزيز بن أبي سلمة إذا استحق بعض نصيب أحد الأشراك بعد القسمة أو وجد بها عيب بين أن تكون القسمة على التراضي أو على وجه الحكم بالسهمة يأتي على قياس القول بأن القسمة تمييز حق لا بيع من البيوع ، لأنه إذا استحق بعض نصيب أحدهم أو وجد به عيب فليس الذي بقي بيده مع الذي يرجع ليه في الاستحقاق على حكم الرجوع بالبيع من مشاركة صاحبه فيما في يده أو الدنانير التي يأخذ منه في ذلك هو حقه الذي كان تميز له بالقسمة ، لأن الذي تميز له بها أخذه بالقرعة ، فإذا لزم الرجوع على صاحبه بقدر ما استحق من نصيبه شاء أو أبي فقد حصلت القرعة على ما لا يجوز الاقتراع عليه من الصنفين ، إلا ترى أنه إذا كان أحد النصيبين أفضل من الآخر فجعل بينهما دنانير أنه لا يجوز الاقتراع على ذلك ؟ وقول ابن القاسم وروايته عن مالك في إيجاب الرجوع في ذلك على حكم البيع هو على قياس القول بأن القسمة بيع من البيوع ، وأما إذا كانت القسمة." (٢)

"على التراضي فلا اختلاف في أن حكمه حكم البيع في جميع الأحكام التي تطرأ على البيوع من الاستحقاق والعيوب وسائر الأحكام المتعلقة بالبيوع وبالله التوفيق .

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ١٣٤/١٢

(٢) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ١٣٦/١٢

مسألة

قال ولا ينبغي أن يقسم شيء من الحيوان والعروض بالقيمة ولكن يباع ذلك فيشتريه من أحب .

قال محمد بن رشد : إنما لم يجز ابن أبي سلمة قسمة شيء من الحيوان والعروض بالقيمة لأنه رأى الإستهام غررا فلم يجزه إلا في قسمة الدور والأرضين لحاجة الناس إلى اقتسامها ليشفع كل واحد منهم أن باعوها واقتسموا الثمن أو يعتاض بحظه منها مسكنا يسكنه وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيد من ابن القاسم

قال ابن القاسم عن الرجل يكري داره سنة من رجل ثم يهلك." (١)

"ووقف ، فإن بر بلاقضاء فلا شيء عليه ، وإن لم يقضه حتى مات ، عتق في ثلثه على معنى ما في المدونة وغيرها ؛ وهو نص ما في رسم باع شاة من سماع عيسى بعد هذا ، ومثله حكى ابن المواز عن مالك ، وزاد أنه إن قضاه قبل أن يرد البيع فلا يرد ، ومثل هذا في رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ بعد هذا ، أنه لا حنث عليه إن اوفاه حقه ويجوز لابيع ، وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل مالك عن امرأة لها شرك في عشرة رؤوس ، وحلفت في أمر لتفعلنه ودعت شركاءها إلى أن تقاسمهم حتى تأخذ من ذلك حصتها ، فقاسمتهم فصار لها رأس ؛ أترى اليمين ترجع عليها في ذلك الرأس الذي صار لها منهم ، قال نعم أرى أن ترجع عليها اليمين فيه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن حقها من العبيد الذي حلفت بحريتهم قد تميز بالقسمة فيما صار لها منهم ، فوجب أن ترجع اليمين عليها فيهم ، ولا تجوز لها القسمة فيهم إلا بالقرعة ؛ لأنها هي ال تي قيل فيها إنها تمييز حق ؛ وأما القسمة على التراضي فلا تجوز فيهم ، لأنها بيع من البيوع باتفاق ؛ والبيع فيهم لا يجوز باتفاق ، لأنها يمين هي فيها على حنث لو لم تبر حتى ماتت ، لعتق حظها منهم في ثلثها ؛ ولو كانت يمينها إلى أجل فحنثت بمضي الأجل في حياتها وصحتها قبل القسمة ، لعتق عليها." (٢)

"ومن كتاب أوله

مسائل بيوع وكراء

وسئل عن أهل المقاومة بالسرار ، فقال : هو عندي خفيف ، وكره بيع المقاومة بالحصاة .

قال محمد بن رشد : رأيت لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها المقاومة بالسرار : أن يتقاوموا السلعة سرا بالإشارة ، وكذلك قال ابن لبابة : السرار أن يشير له بيده حتى يستتر عمن حضر له ، وفي هذا من قولهما نظر ؛ لأن الأشراك في السلعة إذا تقاوموها فيما بينهم ، فليس لأحد من غيرهم أن يدخل عليهم فيها ؛ فلا وجه للاستتار بالتقاوم عن سواهم

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ١٣٧/١٢

(٢) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٤٤٣/١٤

، ولا معنى للسؤال عن ذلك ، وإنما المعنى في المسألة عندي أن يتقاوم بعض الأشراك أنصباءهم فيما بينهم سرا عن بقيتهم ، فيكون بعضهم قد خرج نصيبه لبعض أشراكه بما انتهى في المقاومة عليه دون علم بقيتهم ، فهذا خفيف على ما قال ؛ إذ لا يجبر على المقاومة من أباها من الأشراك ، فلا حجة لمن استسر دونه بالمقاومة من الأشراك ؛ لأن الذين تقاوم و ا يقولون له : نحن لا نريد أن نقاومك ، وذلك من حقنا ؛ إذ لا يجبر على المقاومة من أباها ، وإنما تكون على **التراضي** ، ونحن رضينا فيما بيننا بالتقاوم ، فلا حجة لك علينا في ذلك .

وإنما استسروا لأنه كان من حقه لو علم بالمقاومة قبل نفوذها ، أن يكون شريكا في نصيب الخارج عن نصيبه مع الآخر له بالثمن الذي رضي أن يخرج له به عنه ؛ لأن السلعة بين الشريكين إذا أراد أحدهما أن يبيع نصيبه منها ، كان الشريك أحق بها بما يعطى فيها ما لم ينفذ البيع ، فكما يكون الشريك أحق من الأجنبي ، فكذلك يكون الشريك أحق من الشريك بما زاد على قدر حقه ؛ وكيا يدره للشريك أن يبيع نصيبه." (١)

"لان ذلك الشرط كان على وجه التنفيل منه، فعليه الوفاء بذلك، لقوله عليه السلام " المسلمون عند شروطهم ".

١٥٩٤ ولو جمعت الغنائم فقال الامير: من أخذ جبنة فعليه ثمنها درهم، ومن أخذ شاة فعليه خمسة دراهم، ومن أخذ جارية فهى له بمئة درهم.

فأخذ رجل شاة فذبحها وأكلها، وأخذ آخر جبنة فأكلها، وأخذ آخر جارية فأعتقها.

فعلى كل واحد (١) قيمة ما أخذه.

لان هذا الكلام من الامير ليس على وجه التنفيل، فإن التنفيل بعد الاصابة لا يجوز، ولكنه على وجه البيع، وهو فاسد لجهالة المبيع عند العقد.

فكل من أخذ شيئا ولم يستهلكه فللامام أن يسترده منه، لفساد البيع، أو يسلمه له بذلك الثمن بيعا مستقبلا إن رضى به المشترى.

لانه بأخذه قد تعين، فيجوز بيعه منه ابتداء، ولكن ابتداء البيع يعتمد **التراضي** من الجانبين، وإن استهلكها فعليه ضمان القيمة، كما هو الحكم في المشترى.

شراء فاسدا إذا استهلكه المشترى بعد ا لقبض.

ولهذا نفذ العتق في الجارية لانه قبضها بحكم بيع فاسد فتملكها، حتى لو باعها جاز البيع وغرم قيمتها.

فكذلك إ ذا أعتقها.

فإن قيل: كيف يضمن القيمة وهو لو أكل الجبنة أو ذبح الشاة فأكلها قبل هذا كان مباحا له ؟ ولم يكن عليه ضمان في ذلك.

وكذلك لو أتلف الجارية في دار الحرب لم يكن ضامنا شيئا.

قلنا: لان قبل هذا الكلام لم يتأكد حق الغانمين فيها.

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٣٤٧/٧

فأما بعد هذا القول فقد تأكد حق الغانمين فيها، لان البيع الفاسد معتبر بالجائز.

وبيع الامام الغنائم في دار الحرب بمنزلة الاحراز في تأكد حق الغانمين فيها.

يوضحه أنه قد تملك المأخوذ هاهنا بالاخذ بجهة العقد، ولهذا لو باعه جاز بيعه فيه.

والتمليك بعقد المعاوضة لا يكون إلا بعوض، وذلك بالقيمة هامش (١) ق "كل واحد منهم "، ب "كل واحد أخذ ".." (١)

"ولا خلاف أن أحدهما أذا طلب ذلك وأبى صاحبه فإنه لا يجبر كل واحد منهما على المهايأة على الركوب للقتال.

لان اعتبار المعادلة في غير ممكن، فلا يجرى فيه الاجبار.

ولكن إن اجتمعا عليه فلهما ذلك بوجود **التراضي** منهما، ويجبران على التهايئ على الركوب لغير الحرب عند محمد رحمه الله.

لان اعتبار المعادلة فيه ممكن.

فإذا طلب أحدهما أجبر الآخر عليه اعتبارا لقسمة المنفعة بقسمة العين.

ثم لا يستحق واحد منهما بذلك سهم فارس.

لان واحدا منهما (١) لا يصير متمكنا من القتال على الفرس بالمهايأة على الركوب.

١٧٧٣ - ولو كان كل واحد منهما أذن لصاحبه في ركوب أي الفرسين شاء ولم يدفع إلى صاحبه فرسا بعينه، فكل واحد منهما راجل، سواء كان هذا الاذن منهما في دار الاسلام أو في دار الحرب.

لان إعارة نصيبه من صاحبه لا تتم بمجرد الاذن ما لم يسلم إليه.

١٧٧٤ - ولو دخل مسلم دار الحرب بأفراس فباعها كلها إلا واحدا منها لم يحرم سهم الفارس.

لانه متمكن من القتال على الفرس بما بقى عنده، ولانه تبين بما صنع * هامش * (١) ق، ه " لان كل واحد منهما " وفى هامش ق " لان واحدا منهما.

نسخة حصيرى ".." (٢)

"كتاب البيوع.

- البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي، وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار: إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده،

وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب.

وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحدٍ منهما، إلا من عيبٍ أو عدم رؤيةٍ.

---

(١) السير الكبير، ٨٨٣/٣

(٢) السير الكبير، ٩٦٤/٣

والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع، والأثمار المطلقة لا تصبح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة، ويجوز البيع بثمنٍ حالٍ ومؤجلٍ إذا كان الأجل معلوماً، ومن أطلق الثمن في البيع، كان على غالب نقد البلد، فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسدٌ، إلا أن يبين أحدها.

ويجوز بيع الطعام والحبوب مكاملةً ومجازفةً، وبإناءٍ بعينه لا يعرف مقداره وبوزنِ حجرٍ بعينه لا يعرف مقداره، ومن باع صبرة طعامٍ كل قفيزٍ بدرهمٍ جاز البيع في قفيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفة إلا أن يسمى جملة قفزانها، و من باع قطيع غنمٍ كل شاةٍ بدرهمٍ فالبيع فاسدٌ في جميعها، وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهمٍ ولم يسم جملة الذرعان، ومن ابتاع صبرةً على أنها مائة قفيزٍ بمائة درهمٍ فوجدها أقل كان المشتري بالخيار: إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع، ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرعٍ بعشرة دراهم أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهمٍ فوجدها أقل فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذها بجملة الثمن، وإن شاء تركها، وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري، ولا خيار للبائع، وإن قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة درهمٍ كل ذراعٍ بدرهمٍ فوجدها ناقصةً فهو بالخيار: إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء تركها، وإن وجدها زائدةً فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراعٍ بدرهمٍ، وإن شاء فسخ البيع، ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه، ومن باع أرضاً دخل ما فيها وإن لم يسمه، ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية، ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمرٌ فثمرته للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع، ويقال للبائع: اقطعها وسلم المبيع، ومن باع ثمرةً لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع، ووجب على المشتري قطعها في الحال، فإن شرط تركها على النخل فسد البيع، ولا يجوز أن يبيع ثمرةً ويستثني منها أرطالاً معلومةً، ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشرها، ومن باع داراً دخل في المبيع مفاتيح أغلافها، وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع، وأجرة وزانِ الثمن على المشتري.

ومن باع سلعةً بثمنٍ قيل للمشتري: ادفع الثمن أولاً، فإذا دفع قيل للبائع: سلم المبيع، ومن باع سلعةً بسلعةٍ أو ثمنٍ قيل لهما: سلما معاً.

كتاب البيوع

عقب البيع للعبادات وأخر النكاح لأن الاحتياج إلى البيع أعم، لأنه يعم ا لصغير والكبير، وبه قيام المعيشة التي هي قوام الأجسام، وبعض المصنفين قدم النكاح لأنه عبادة، ثم البيع مصدر، وقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع، وقد يراد به المعنى – وهو الأصل – فجمعه باعتبار أنواعه، فتح.

(البيع) لغة: مبادلة شيء بشيء، ملا أولا، بدليل ﴿إن اللّه اشترى من المؤمنين أنفسهم﴾ (١) وهو من الأضداد، ويستعمل متعديا لمفعولين؛ يقال: بعتك الشيء وقد تدخل " من" على المفعول الأول على وجه التأكيد، فيقال: بعت من زيد الدار. وربما دخلت اللام، فيقال: بعت لك الشيء؛ فهي زائدة وابتاع الدار بمعنى اشتراها؛ وباع عليه القاضي: أي من

غير رضاه. بحر عن ابن القطاع. وشرعا: مبادلة مال بمال بالتراضي (٢)
___." (١)

"كتاب البيوع.

بسم اللّه الرحمن الرحيم.

– البيع ينعقد بالإيجاب والقبول، إذا كانا بلفظ الماضي،

وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار: إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء رده، وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الإيجاب. وإذ حصل الإيجاب والقبول لزم البيع، ولا خيار لواحدٍ منهما إلا من عيبٍ أو عدم رؤيةٍ. والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع، والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة، ويجوز البيع بثمنٍ حالٍ ومؤجلٍ إذا كان الأجل معلوماً، ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد، فإن كانت النقود مختلفةً فالبيع فاسدٌ، إلا أن يبين أحدها، ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلةً ومجازفةً وبإناء بعينه لا يعرف مقداره. وبوزن حجرٍ بعينه لا يعرف مقداره، ومن باع صبرة طعامٍ كل قفيزٍ بدرهمٍ جاز البيع في قفيزٍ واحدٍ عند أبي حنيفة إلا أ ن يسمى جملة قفزاتها، ومن باع قطيع غنمٍ كل شاةٍ بدرهمٍ فالبيع فاسدٌ في جميعها، وكذلك من باع ثوباً مذارعةً كل ذراعٍ بدرهمٍ ولم يسم جملة الذرعان،

___

ومن ابتاع صبرةً على أنها مائة قفيزٍ بمائة درهمٍ فوجدها أقل كان المشتري بالخيار: إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع، ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرعٍ بعشرة دراهم أو أرضاً على أنها مائة ذراعٍ بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذها بجملة الثمن، وإن شاء تركها، وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري، ولا خيار للبائع، وإن قال "بعتكها على أنها مائة ذراعٍ بمائة درهم كل ذراعٍ بدرهمٍ" فوجدها ناقصةً فهو بالخيار: إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء تركها، وإن وجدها زائدةً فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الجميع كل ذراعٍ بدرهم، وإن شاء فسخ البيع، ومن باع د اراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه، ومن باع أرضاً دخل ما فيها وإن لم يسمه، ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية، ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمرٌ فثمرته للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع.

ويقال للبائع: اقطعها وسلم المبيع، ومن باع ثمرةً لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع ووجب على المشتري قطعها في الحال، فإن شرط تركها على النخل فسد البيع، ولا يجوز أن يبيع ثمرةً ويستثني منها أرطالاً معلومةً ويجوز بيع الحنطة

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/١١٠

في سنبلها والباقلاء في قشرها، ومن باع داراً دخل في المبيع مفاتيح أغلاقها، وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع، وأجرة وزان الثمن على المشتري، ومن باع سلعةً بثمنٍ قيل للمشتري: ادفع الثمن أولاً، فإذا دفع قيل للبائع: سلم المبيع، ومن باع سلعةً بسلعةٍ أو ثمناً بثمنٍ قيل لهما: سلما معاً.

كتاب البيوع

عقب البيع للعبادات وأخر النكاح لأن الاحتياج إلى البيع أعم؛ لأنه يعم الصغير والكبير، وبه قيام المعيشة التي هي قوام الأجسام، وبعض المصنفين قدم النكاح لأنه عبادة، ثم البيع مصدر، وقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره، كما يجمع المبيع، وقد يراد به المعنى – وهو الأصل – فجمعه باعتبار أنواعه، فتح.

(البيع) لغة: مبادلة شيء بشيء، مالاً أولا، بدليل ﴿إن اللّه اشترى من المؤمنين أنفسهم﴾ (١) وهو من الأضداد، ويستعمل متعدياً لمفعولين، يقال: بعتك الشيء، وقد تدخل "من" على المفعول الأول على وجه التأكيد؛ فيقال بعت من زيد الدار. وربما دخلت اللام؛ فيقال: بعت لك الشيء؛ فهي زائدة، و "ابتاع الدار) بمعنى اشتراها، وباع عليه القاضي: أي من غير رضاه، بحر عن ابن القطاع. وشرعاً: مبادلة مال بمال **بالتراضي**.

و (ينعقد بالإيجاب) وهو: ما يذكر أولا من كلام أحد العاقدين (والقبول) وهو: ما يذكر ثانياً (إذا كانا بلفظ الماضي) كبعت واشتريت؛ لأن البيع إنشاء تصرفٍ، والإنشاء يعرف بالشرع، وهو قد استعمل الموضوع للإخبار في الإنشاء؛ فينعقد به، ولا ينعقد بلفظين أحدهما مستقبل، بخلاف النكاح كما سيأتي، وقوله رضيت، أو أعطيتك بكذا، أو أخذته بكذا، في معنى قوله: بعت، واشتريت؛ لأنه يؤدي معناه، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود، ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس، وهو الصحيح؛ لتحقق المراضاة، هداية.

___." (١)

"وإذا زاد المشتري البائع في الثمن لم تلزم الزيادة الشفيع، وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الأملاك، ومن اشترى داراً بعوضٍ أخذها الشفيع بقيمته، وإن اشتراها بمكيلٍ أو موزونٍ أخذها بمثله، وإذا باع عقاراً بعقارٍ أخذ الشفيع كل واحدٍ منهما بقيمة الآخر وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألفٍ فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطةٍ أو شعيرٍ قيمتها ألفٌ أو أكثر فتسليمه باطلٌ وله الشفعة، وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألفٌ فلا شفعة له، وإذا قيل له إن المشتري فلانٌ فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة، ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم في الشفعة، إلا أن يسلمها إلى الموكل، وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له، وإن ابتاع منها سهماً بثمنٍ ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني، وإذا ابتاعها بثمنٍ ثم دفع إليه ثوباً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب، ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف، وتكره عند محمدٍ، وإذا بنى المشتري أو غرس

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/١٣٦

ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار: إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعاً، وإن شاء كلف المشتري قلعه، وإذا أخذها الشفيع فبنى أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس، وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحدٍ، فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع: إن شئت فخذ العرصة بحصتها، وإن شئت فدع، وليس له أن يأخذ النقض، ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمرٌ أخذها الشفيع بثمرها فإن أخذه المشتري سقط عن الشفيع حصته، وإذا قضى للشفيع بالدار وإن لم يكن رآها فله خيار الرؤية، وإن وجد بها عيباً فله أن يردها به وإن كان المشتري شرط البراءة منه، وإذا ابتاع بـثمنٍ مؤجلٍ فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بثمنٍ حال، وإن شاء صبر

حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها، وإذا قسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة، وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤيةٍ أو شرطٍ أو عيبٍ بقضاء قاضٍ فلا شفعة للشفيع وإن ردها بغير قضاء أو تقايلا فللشفيع الشفعة.

كتاب الشفعة

(الشفعة) لغةً: الضم، وشرعا: تملك العقار جبراً على المشتري بما قام عليه.

وهي (واجبة) أي ثابتة (للخليط) أي الشريك (في نفس المبيع ثم) إذا لم يكن، أو كان وسلم – تثبت (للخليط في حق المبيع كالشرب) أي: النصيب من الماء (والطريق) الخاصين (ثم) إذا لم يكونا، أو كانا وسلما – تثبت (للجار) الملاصق، ولو بابه في سكة أخرى (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط) في نفس المبيع؛ لأن الاتصال بالشركة أقوى؛ لأنه في كل جزء (فإن سلم) الخليط في نفس المبيع (فالشفعة للشريك في) حق الميع: من (الطريق) والشرب، وليس للجار شفعة معه؛ لأنه شريك في المرافق (فإن سلم) الشريك في حق المبيع (أخذها الجار) تقديماً للأخص فالأخص؛ قيدنا الشرب والطريق بالخاصين لما في الهداية، ثم لابد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا، حتى يستحق الشفعة بالشركة؛ فالطريق الخاص: أن لا يكون نافذاً، والشرب الخاص: أن لا يكون تجري فيه السفن، وما تجري فيه السفن فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعن أبي يوسف: الخاص أن يكون نهرا يسقي منه قراحان أو ثلاثة، وما زاد على ذلك فهو عام، فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا، وإن بيعت في العليا فلأهل السكتين، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق. اهـ. لكن قال شيخنا: وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إن كانوا يحصون فصغير، وإلا فكبير، كما في الكفاية.

(والشفعة تجب بعقد البيع): أي بعده؛ لأنه هو السبب (وتستقر بالإشهاد) ولابد من طلب المواثبة، لأنها حق ضعيف يبطل بالإعراض، ولابد من الإشهاد والطلب، ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه، ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند

القاضي، ولا يمكنه إلا بالإشهاد، هداية.

(وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري) **بالتراضي** (أو حكم بها حاكم)، لأن الملك للمشتري قد تم؛ فلا تنتقل إلى الشفيع إلا **بالتراضي** أو قضاء القاضي.." (١)

"(وإذا بنى المشتري) فيما اشتراه (أو غرس، ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو) أي الشفيع (بالخيار: إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعاً) أي مستحق القلع (وإن شاء كلف المشتري قلعه) لأنه وضعه في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهته (وإذا أخذها الشفيع) بالشفعة (فبنى) بها (أو غرس ثم استحقت رجع) الشفيع على المشتري إن أخذ منه أو البائع على ما مر (بالثمن) لأنه تبين أنه أخذه بغير حق (ولا يرجع بقيمة البناء والغرس) على أحد، بخلاف المشتري، فإنه مغرور من جهة البائع ومسلط عليه، ولا غرر ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري، لأنه مجبور عليه. هداية (وإذا انهدمت الدار) في يد المشتري (أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان) وكان ذلك (بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بجميع الثمن)، لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن، ما لم يصر مقصوداً، ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته، لأن الفائت بعض الأصل. هداية (وإن شاء ترك) لأن له أن يمتنع عن التملك (وإن نقض المشتري البناء قيل للشفيع): أنت بالخيار (إن شئت فخذ العرصة) أي أرض الدار (بحصتها) من الثمن (وإن شئت فدع)، لأنه صار مفصولا بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن، بخلاف الأول، لأن الهلاك بآفة سماوية (وليس له) أي الشفيع (أن يأخذ النقض) بالكسر - أي المنقوض، لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعاً (ومن ابتاع) أي اشترى (أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها) قال في الهداية: ومعناه إذا ذكر الثمن في البيع، لأنه لا يدخل من غير ذكر، وهذا الذي ذكره استحسان، وفي القياس لا يأخذه، لأنه ليس بتبع، ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر؛ فأشبه المتاع في الدار، وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار، وما كان مركباً فيه، فيأخذه الشفيع، اهـ

(فإن أخذه المشتري سقط عن الشفيع حصته) لدخوله في البيع مقصوداً (وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها) قبل (فله خيار الرؤية) وإن كان المشتري قد رآها (و) كذا (إن وجد بها عيبا) لم يطلع عليه فله أن يردها به (وإن كان المشتري شرط البراءة منه) لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، فيثبت به الخياران كما في الشراء، ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري، ولا برؤيته، لأنه ليس بنائب عنه، فلا يملك إسقاطه، هداية.

(وإذا ابتاع) المشتري (بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء صبر) عن الأخذ بعد استقرارها بالإشهاد (حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها) وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل، لأنه إنما يثبت بالشرط ولا شرط منه، وليس الرضا به في حق المشتري رضاء به في حق الشفيع، لتفاوت الناس (وإذا اقتسم الشركاء العقار) الم شترك

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/١٨٨

بينهم (فلا شفعة لجارهم بالقسمة)، لأنها ليست بمعاوضة مطلقاً، ولأن الشريك أولى من الجار (وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو) بخيار (شرط) مطلقاً خلافا لما في الدرر (أو عيب بقضاء قاض، فلا شفعة للشفيع) لأنه فسخ من كل وجه فعاد لقديم ملكه، والشفعة في إنشاء العقد، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه. هداية. (وإن ردها) بالعيب، هداية. (بغير قضاء أو تقايلا) البيع (فللشفيع الشفعة)، لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما، وقد قصد الفسخ، وهو بيع جديد في حق ثالث، لوجود حد البيع – وهو: مبادلة المال بالمال **بالتراضي** – والشفيع ثالث، ومراده الرد بالعيب بعد القبض، لأنه قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف، هداية.

(وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها)؛ لأنها لم تأت بالعمل المستحق عليها – وهو الإرضاع – لأن إرضاعه بلبن الشاة إيجار وليس بإرضاع، فاختلف العمل، فلم يجب الأجر كما في الهداية.

----

(١) ".

"(ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفةً) وهي التي وصلت إلى جوفه (فبرأ منها فلا قصاص عليه) لتعذر المماثلة، لأن الساعد عظم، ولا قصاص في عظم كما مر، والبرء من الجائفة نادر، على يمكن أن يجرح الجاني على وجه يبرأ منه، فيكون إهلاكا فلا يجوز، وأما إذا لم تبرأ فإن سرت وجب القود، وإلا فلا يقاد إلا أن يظهر الحال من البرء أو السراية كما في الدر (وإذا كانت يد المقطوع صحيحة و) كانت (يد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار: إن شاء قطع اليد المعيبة، ولا شيء له غيرها، وإن شاء أخذ الأرش كاملا)؛ لأن استيفاء حقه كاملا متعذر؛ فله أن يتجوز بدون حقه، وله أن يعدل إلى العوض، كمن أتلف مثليا فانقطع عن أيدي الناس ولم يبق إلا الردئ يخير المالك بين أخذ الموجود وبين القيمة (ومن شج رجلا): أي جرحه في رأسه (فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه) أي طرفي رأسه (وهي) إذا أريد استيفاؤها (ل ا تستوعب ما بين قرني الشاج) لكون رأسه أكبر من رأس المشجوج (فالمشجوج بالخيار: إن شاء اقتص بمقدار الشجة يبتدئ من أي الجانبين شاء، وإن شاء أخذ الأرش)، لأن في استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل، وفي استيفائه قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين ما لحقه فينتقص حقه، فيخير كما في اليد الشلاء.

(ولا قصاص في اللسان، ولا في الذكر) ولو القطع من أصلهما، قال في الهداية: وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب، لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة. اهـ، ومثله في شرح جمال الإسلام ثم قال: والصحيح ظاهر الرواية كما في التصحيح (إلا أن تقطع الحشفة)، لأن موضع القطع معلوم كالمفصل، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه، لأن البعض لا يعلم مقداره، بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه، لأنه لا ينقبض ولا ينبسط، وله حد يعرف، فيمكن اعتبار المساواة ، والشفة إن استقصاها بالقطع يجب القصاص، لإمكان اعتبار المساواة، بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها، هداية.

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/١٩٣

(وإذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول على مال) معلوم (سقط القصاص ووجب المال) المصالح عليه (قليلا كان) المال (أو كثيرا) لأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً، فكذا تعويضاً، لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز **بالتراضي**، والقليل والكثير فيه سواء، لأنه ليس لهم فيه نص مقدر، فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره، وإن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال، كما في الهداية.

(فإن عفا أحد الشركاء أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص؛ وكان لهم نصيبهم من الدية) في مال القاتل في ثلاث سنين، لا على العاقلة، ووقع في المختار ومجمع البحرين (وتجب بقيتها على العاقلة) وهذا ليس من مذهب علمائنا، ولا أعلمه قولا لأحد مطلقا، كذا في التصحيح.

(وإذا قتل جماعة واحداً اقتص من جميعهم)، لقول عمر رضي اللّه عنه (ولو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) ولأن القصاص مزجرة السفاء، فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء، وفي التصحيح: قال في الفوائد: وتشترط المباشرة من الكل بأن جرح كل واحد جرحا ساريا، اهـ. وهذا إذا كان القتل عمداً، وأما إذا كان خطأ فالواجب عليهم دية واحدة (وإذا قتل واحد جماعة) عمداً (فحضر أولياء المقتولين) جميعهم (قتل بجماعتهم) اكتفاء به (ولا شيء لهم غير ذلك) لأنهم اجتمعوا على قتله، وزهوق الروح لا يتبعض، فصار كل واحد مستوفياً جميع حقه (فإن حضر واحد) من الأولياء (قتل له): أي للولي الحاضر، وفي بعض النسخ (به) أي بسببه (وسقط حق الباقين)، لأن حقهم من القصاص، وقد فات، فصار كما إذا مات القاتل.

(ومن وجب عليه القصاص فمات سقط القصاص)، لفوات محل الاستيفاء]ز

(وإذا قطع رجلان يد رجل واحد) أو رجله أو قلعا سنه أو نحو ذلك مما دون النفس) فلا قصاص على واحد منهما) لأن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتمادها، والمحل متجزئ؛ فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة، بخلاف النفس، لأن الانزهاق لا يتجزأ (و) يجب (عليهما نصف الدية) بالسوية؛ لأنها دية اليد الواحدة (وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية ويقتسمانه) بينهما (نصفين) سواء قطعهما معاً أو على التعاقب، لأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة (وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية) لأن للحاضر أن يستوفي، لثبوت حقه، فإذا استوفى لم يبق محل لاستيفاء الآخر؛ فيتعين حقه في الدية لأن حقه لا يسقط إلا بالعوض أو العفو.

(وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) لأنه لا تهمة في إقراره بالعقوبة على نفسه، بخلاف المال.

(ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول) لأنه عمد (و) عليه (الدية للثاني على

عاقلته) لأنه أحد نوعي الخطأ فكأنه رمى صيداً فأصاب آدميا، والفعل يتعدد بتعدد الأثر كما في الهداية].
" (١).

"(ولا يقطع فيما يوجد تافها): أي حقيراً، ويوجد جنسه (مباحا في دار الإسلام) وذلك (كالخشب والقصب والحشيش والسمك والطير والصيد) والمغرة والنورة والزرنيخ ونحو ذلك، لأن ما يوجد في الأصل مباحا بصورته تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به، فقلما يوجد أخذه على كره من المالك، فلا حاجة إلى شرع الزاجر؛ ولهذا لم يجب القطع بما دون النصاب، ولأن الحرز فيه ناقص (وكذلك): أي لا قطع (فيما يسرع إليه الفساد) بأن لا يبقى سنة كما في القهستاني عن المفسرات (كالفواكه الرطبة واللحم واللبن والبطيخ)، لقوله صلى اللّه عليه وسلم : (لا قطع في الطعام) قالوا: معناه ما يتسارع إليه الفساد، لأنه يقطع في الحبوب والسكر إجماعا كما في الاختيار (ولا في الزرع الذي لم يحصد) والثمر على الشجر، لعدم الإحراز (ولا قعط في الأشربة المطربة) لاحتمال أنه تناولها للإراقة، ولأن بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف، فتتحقق شبهة عدم المالية (ولا في الطنبور) وجميع آلات اللّهو، لاحتمال تناوله للكسر نهياً عن المنكر (ولا في سرقة المصحف) لأنه يتأول في أخذه للقراءة والنظر فيه (وإن كان عليه حلية) تبلغ نصابا، لأنها تبع، ولا معتبر بالتبع، كمن سرق آنية وفيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب (ولا في) سرقة (الصليب) أو الصنم (الذهب) أو الفضة، لأنه مأذون في كسره (ولا في) سرقة (الشطرنج ولا النرد) لأنها من الملاهي كما مر (ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلى) يبلغ النصاب، لأن الحر ليس بمال، والحلية تبع له (ولا قطع في سرقة العبد الكبير)، لأنه غصب أو خداع، لأنه في يد نفسه (ويقطع في سرقة العبد الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لأنه مال، ولا يد له على نفسه كالبهيمة، وإذا كان يعبر عن نفسه فهو والبالغ سواء (ولا قطع في) سرقة (الدفاتر كلها) لأنها لو شرعية ككتب تفسير وحديث وفقه فكمصحف وإلا فكطن بور كما في الدر (إلا في دفاتر الحساب)، لأن المقصود ورقها فيقطع

بها إن بلغت نصابا (ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد) ونحوه، ولو عليه طوق من ذهب، لأن من جنسها مباح الأصل، وما عليها تبع لها (ولا) في سرقة (دف ولا طبل ولا مزمار) لأنها من آلات اللّهو (ويقطع في) سرقة خشب (الساج) قال الزمخشري: هو خشب أسود رزين يجلب من الهند، ولا تكاد الأرض تبليه (والقنا) جمع قناة، وهي الرمح (والآبنوس) خشب معروف أشد سواداً من الساج (والصندل) شجر طيب الرائحة وكذا العود، لأنها أموال محرزة عزيزة عند الناس، ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام (وإذا اتخذ من الخشب) الذي لا يقطع به (أوان) كصندوق وقصعة (أو أبواب قطع فيه) إذا كانت محرزة، لأنها بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة.
(ولا قطع على خائن) لما ائتمن عليه كمودع (ولا خائنة) لقصور الحرز (ولا) على (نباش) للقبر، سواء كان في الصحراء أو في البيت ولو مقفلا، للشبهة في الملك، لأنه لا ملك للميت حقيقة، ولا للوارث لتقدم حاجة الميت. قال

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣١٦

الإسبيجاني: وهذا أقول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: عليه القطع، والصحيح قولهما، واعتمده الأئمة المحبوبي والنسفي وغيرهما، تصحيح (ولا) على (منتهب) وهو الآخذ قهراً (ولا مختلس) وهو الآخذ من اليد بسرعة على غفلة، لأن كلا منهما يجاهر بفعله، فلم يتحقق معنى السرقة.

(ولا يقطع السارق من بيت المال)، لأنه مال العامة وهو منهم (ولا من مال للسارق فيه شركة) لأن له فيه حقا، ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع، لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل فيه سواء، لأن التأجيل لتأخير المطالبة، وكذا إذا سرق زيادة على حقه؛ لأنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه، وإن سرق منه عروضاً قطع؛ لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعاً **بالتراضي**، وعن أبي يوسف أنه لا يقطع، لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء م ن حقه أو رهنا به، هداية (ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رجحم محرم منه لم يقطع) فالأول - وهو الولاد - للبسوطة في المال، وفي الدخول في الحرز، والثاني للمعنى الثاني؛ فلو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع، ولو سرق ماله من بيت غيره قطع، اعتباراً للحرز وعدمه كما في الهداية (وكذلك): أي لا يقطع (إذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده، أو من امرأة سيده، أو) من (زوج سيدته)، لوجود الإذن بالدخول عادة (و) كذا إذا سرق (المولى من مكاتبه)، لأن له في أكسابه حقاً (و) كذا (السارق من المغنم) إذا كان له نصيب في الأربعة أخماس أو في الخمس كالغانمين؛ لأن لهم فيه نصيبا، أما غيرهم فينبغي أن يقطع، إلا أن يقال: إنه مباح الأصل، وهو بعد على صورته التي كان عليها ولم يتغير، فصار بقاؤه شبهة، فسقط القطع كما في غاية البيان.

(يتبع...)

@(تابع... ١): - إذا سرق العاقل ا لبالغ عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم، مضروبةً... ...

---" (١)

"(ويقسم العروض) جمع عرض - كفلس - خلاف العقار (إذا كانت من صنف واحد) لاتحاد المقاصد فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة، (ولا يقسم الجنسان بعضهما في بعض)، لأنه لا اختلاط بين الجنسين، فلا تقع القسمة تمييزا، بل تقع معاوضة، وسبيلها **التراضي** دون جبر القاضي. (وقال أبو حنيفة: لا يقسم الرقيق ولا الجوهر لتفاوته)، لأن التفاوت في الآدمي فاحش، لتفاوت المعاني الباطنة، فكان كالجنس المختلف، بخلاف الحيوانات، لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس، وتفاوت الجواهر أفحش من تفاوت الرقيق (وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم، قال في الهداية: وأما الجواهر فقد قيل: إذا اختلف الجنس لا يقسم كما في اللآلئ واليواقيت، وقيل: لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت، ويقسم الصغار لقلة التفاوت، وقيل: يجري الجوب على إطلاقه، لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق، ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة، أو ياقوته، أو خالع عليهما لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد، فأولى أن لا يجبر على القسمة، اهـ. قال الإمام بهاء الدين في شرحه: الصحيح قول أبي

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٣٨

حنيفة، واعتمده المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وغيرهم، كذا في التصحيح.

(ولا يقسم حمام، ولا بئر، ولا رحى) ولا كل ما في قسمه ضرر لهم، كالحائط بين الدارين والكتب، لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين، لأنه لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعا مقصوداً، فلا يقسمه القاضي، بخلاف **التراضي** كما مر، ولذا قال: (إلا أن يتراضى الشركاء)، لالتزامهم الضرر، وهذا إذا كانوا ممن يصح التزامهم، وإلا فلا.

(وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة، والدار) أو العروض بالأولى (في أيديهما، ومعهما وارث غائب) أو صغير (قسمها القاضي بطلب الحاضرين، وينصب للغائب وكيلا) وللصغير وصيا (يقبض نصيبه)، لأن في ذلك نظراً للغ ا ئب والصغير، ولابد من إقامة البينة على أصل الميراث في هذه الصورة عند أبي حنيفة أيضاً، لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بقولهم، خلافا لهما.

(وإن كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة، حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتروه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث، فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء فملك مبتدأ، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه، فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب، فوضح الفرق، هداية.

(وإن كان العقار) أو شيء منه (في يد الوارث الغائب) أو مودعه (لم يقسم) قال في الهداية: وكذا إذا كان في يد الصغير، لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه، والقضاء من غير خصم لا يجوز ، ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها، هو الصحيح كما أطلق في الكتاب، اهـ.

(وإن حضر وارث واحد لم يقسم) وإن أقام البينة؛ لأنه لابد من حضور الخصمين، لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً، وكذا مقاسما ومقاسما، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا، ولو كان الحاضر كبيراً و صغيراً نصب القاضي عن الصغير وصيا، وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية؛ لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه، وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه، هداية.

فقوله فيما تقدم: "وكذا إذا كان في يد صغير" أي غائب، كما يدل له ما في البزازية: ونصه: وإن حضر الوارث ومعه صغير نصب وصيا وقسم بينهما كما مر، فإن كان الصغير غائبا وطلب من الحاكم نصب الوصي لا ينصب، إلى أن قال: والفرق بين الصغير الغائب والحاضر أن الدعوى لا تصح إلا على خصم حاضر، وجعل الغير خصما عن الغائب خلاف الحقيقة، فلا يصار إليه إلا عند العجز، والصغير عاجز عن الجواب، لا عن الحضور، فلم نجعل عنه غيره خصما في حق الحضور، وجعل خصما في الجواب، فإذا كان الصبي حاضرا وجد الدعوى على حاضر فينصب وصيا عنه في

الجواب، وإن كان غائبا لم يوجد الدعوى على حاضر، فى ينصب وصيا عنه في الجواب؛ لعدم صحة الدعوى، اهـ.

(وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسمت كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة)؛ لأن الدور أجناس مختلفة؛ لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب من المسجد والماء والسوق، فلا يمكن التعديل (وقالا): الرأي فيه إلى القاضي (إن كان الأصلح لهم سمة بعضها في بعض قسمها) كذلك، وإلا قسمها كل دار على حدتها، لأن القاضي مأمور بفعل الأصلح مع المحافظة على الحقوق. قال الإسبيجاني: الصحيح قول الإمام، وعليه مشى البرهاني والنسفي وغيرهما، تصحيح.

(يتبع...)

@(تابع... ١): - ينبغي للإمام أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس... ...." (١)

"قال في الهداية: وتقييد الكتاب بكونهما في مصر واحد، إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما، وهو رواية هلال عنهما، وعن محمد: أنه يقسم إحداهما في الأخرى، اهـ.

(وإن كانت دار وضيعة) أي: أرض (أو دار وحانوت - قسم كل واحد على حدته مطلقاً) لاختلاف الجنس.

قال في الدرر: ههنا أمور ثلاثة: الدور، والبيوت، والمنازل، فالدور - متلازقة كانت أو متفرقة - لا تقسم قسمة واحدة إلا **بالتراضي**، والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى، والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقة بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة، وإلا فلا، لأن المنزل فوق البيت ودون الدار، فألحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلاصقة، وبالدور إذا كانت متباينة، وقالا في الفصول كلها: ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه، ويمضي على ذلك، وأما الدور والضيعة والدور والحانوت، فيقسم كل منها وحدها، لاختلاف الجنس، اهـ.

ولما فرغ من بيان القسمة، وبيان ما يقسم ومالا يقسم، شرع في بيان كيفية القسمة، فقال:.

(وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) لى قرطاس؛ ليمكنه حفظه ورفعه للقاضي (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة، ويروي "ويعزله" أي يقطعه بالقسمة عن غيره، هداية (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لأنه ربما يحتاجه آخراً (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه، حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق) ليتحقق معنى التمييز والإفراز تمام التحقق (ثم يلقب) الأنصباء (نصيبا بالأول، والذي يليه بالثاني، والثالث) بالثالث، (و) الرابع وما بعده (على هذا المنوال، ويكتب أسماء المتقاسمين على قطع قرطاس. أو نحوه، وتوضع في كيس أو نحوه، ويجعلها قرعة (ثم يخرج القرعة) أي قطعة من تلك القطع المكتوبة فيها أسماء المتقاسمين (فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول) أي الملقب بالأول (ومن خرج) اسمه (ثانياً فله السهم الثاني) وهلم جرا، وهذا حيث اتحدت السهام فلو اختلفت السهام - بأن كانت بين ثلاثة مثلا، لأحدهم عشرة أسهم، ولآخر خمسة أسهم، ولآخر سهم - جعلها ستة عشر سهماً، وكتب أسماء الثلاثة، فإن خرج أولا اسم صاحب العشرة، أعطاه الأول وتسعة متصلة به، ليكون سهامه على الاتصال، وهكذا حتى

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٨٧

يتم.

قال في الهداية: وقوله في الكتاب "ويفرز كل نصيب بطريقة وشربه"بيان الأفضل، وإن لم يفعل أو لم يمكن جاز، على ما نذكره بتفصيله إن شاء اللّه تعالى، والقرعة: لتطييب القلوب وإزالة تهمة الميل، حتى لو عين لكل منهم من غير اقتراع جاز، لأنه في معنى القضاء فملك الإلزام، اهـ.

(ولا يدخل) القسام (في القسمة الدراهم والدنانير) لأن القسمة تجري في المشترك، والمشترك بينهما العقار لا الدراهم والدنانير، فلو كان بينهما دار وأرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضل بناء، فأراد أحدهما أن يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخ ر أن يكون عوضه من الأرض فإنه يجعل عوضه من الأرض، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزائه دراهم (إلا بتراضيهم)، لما في القسمة من معنى المبادلة، فيجوز دخول الدراهم فيها **بالتراضي** دون جبر القاضي، إلا إذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك.

قال في الينابيع: قول القدوري "ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير" يريد به إذا أمكنت القسمة بدونها، أما إذا لم تمكن عدل أضعف الأنصباء بالدراهم والدنانير، اهـ.

قال في التصحيح: وفي بعض النسخ "ينبغي للقاضي أن لا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير، فإن فعل جاز، وتركه أولى" اهـ.

(فإن سم بينهم ولأحدهم مسيل) ماء (في ملك الآخر، أو طريق) أو نحوه، والحال أنه (لم يشترط) ذلك (في القسمة، فإن أمكن صرف) ذلك (الطريق والمسيل عنه، فليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب) الشريك (الآخر)؛ لأنه أمكن تحقيق القسمة من غير ضرر (وإن لم يمكن) ذلك (فسخت القسمة) لأنه ا مختلة؛ لبقاء الاختلاط، فتستأنف.

(وإذا كان) الذي يراد قسمته بعضه (سفل لا علو له) أي: ليس فوقه علو، أو فوقه علو للغير (و) بعضه (علو لا سفل له) بأن كان السفل للغير، (و) بعضه (سفل لا علو؛ قوم كل واحد على حدته، وقسم بالقيمة، ولا معتبر بغير ذلك) وهذا عند محمد، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقسم بالذرع، ثم اختلفا في كيفية القسمة بالذرع، قال أبو حنيفة: ذراع من السفل بذراعين من العلو، وقال أبو يوسف: ذراع بذراع، ثم قيل: كل منهما على عادة أهل عصره، أو بلده، وقيل: اختلاف معنى، قال الإسبيجاني: والصحيح قول أبي حنيفة. قلت: هذا الصحيح بالنسبة إلى قول أبي يوسف، والمشايخ اختاروا قول محمد، بل قال في التحفة والبدائع: والعمل في هذه المسألة على قول محمد، وقال في الينابيع والهداية وشرح الزاهدي والمحيط: وعليه الفتوى اليوم، كذا في التصحيح.." (١)

"كتاب الإكراه.

- الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به، سلطاناً كان أو لصاً.

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٨٨

وإذا أكره الرجل على بيع ماله، أو على شراء سلعةٍ، أو على أن يقر لرجلٍ بألفٍ، أو يؤاجر داره - وأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد، أو بالحبس المديد - فباع أو اشترى، فهو بالخيار: إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه.

وإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع.

وإن كان قبضه مكرهاً فليس بإجازة، وعليه رده إن كان قائماً في يده، وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته.

وللمكره أن يضمن المكره إن شاء.

ومن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر - وأكره على ذلك بحبس، أو ضرب، أو قيدٍ - لم يحل له، إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه، أو على عضوٍ من أعضائه، فإذا خاف ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه، ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثمٌ.

و إ ن أكره على الكفر باللّه عز وجل، أو سب النبي عليه الصلاة والسلام: بقيدٍ، أو حبسٍ، أو ضربٍ، لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بأمرٍ يخاف منه على نفسه، أو على عضوٍ من أعضائه، فإذا خاف ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به، ويورى، فإذا أظهر ذلك وقلبه مطمئنٌ بالإيمان فلا إثم عليه، وإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً.

وإن أكره على إتلاف مال مسلمٍ بأمر يخاف منه على نفسه، أو على عضوٍ من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك، ولصاحب المال أن يضمن المكره.

وإن أكره بقتلٍ على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه، ويصبر حتى يقتل، فإن قتله كان آثماً، والقصاص على الذي أكرهه إن كان القتل عمداً.

وإن أكرهه على طلاق امرأته، أو عتق عبده ففعل، وقع ما أكره عليه، ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد، وبنصف مهر المرأة إن كان الطلاق قبل الدخول.

وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة، إلا أن يكرهه السلطان، وقال أبو يوسف ومحمدٌ: لا يلزمه الحد.

وإذا أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه.

كتاب الإكراه

مناسبته للقسمة أن للقاضي إجبار الممتنع فيهما.

وهو لغة: حمل الإنسان على أمرٍ يكرهه، وشرعا: حمل الغير على فعل بما يعدم رضاه دون اختياره، لكنه قد يفسده، وقد لا يفسده.

قال في التنقيح: وهو إما ملجئ: بأن يكون بفوت النفس أو العضو، وهذا معدم للرضا مفسد للاختيار، وإما غير ملجئ: بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب، وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار.

والحاصل كما في الدرر: أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه، وأصل الاختيار ثابت في جميع صوره، ولكن في بعض الصور يفسد الاختيار، وفي بعضها لا يفسده.

وشرطه: قدرة المكره على إيقاع ما هدد به، وخوف المكره، وامتناعه عنه قبله كما أشار إليه بقوله (الإكراه يثبت حكمه) أي الآتي (إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطان اً كان أو لصا) أو نحوه، إذا تحقق منه القدرة، لأنه إذا كان بهذه الصفة لم يقدر المكره على الامتناع، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة لا يتحقق إلا من السلطان؛ لأن القدرة [بهذه الصفة] لا تكون بلا منعة، والمنعة للسلطان؛ قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان؛ لأن في زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الإكراه، فأجاب بناء على ما شاهد، وفي زمانهما ظهر الفساد وصار الأمر إلى كل متغلب، فيتحقق الإكراه من الكل، والفتوى على قولهما، درر عن الخلاصة.

(وإذا أكره الرجل على بيع ماله، أو) أكره (على شراء سلعة، أو على أن يقر لرجل بألف) من الدراهم مثلا (أو يؤاجر داره، وأكره على ذلك بالقتل، أو بالضرب الشديد، أو بالحبس المديد، فباع أو اشترى) خشية من ذلك (فهو بالخيار: إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه) ورجع بالمبيع؛ لأن من شرط صحة هذه العقود **التراضي**، والإكراه يعدم الرض ا فيفسدها، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوطٍ، أو حبس يوم، أو قيد يوم؛ لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة، فلا يتحقق به الإكراه، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا، هداية.

(وإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع)، لأنه دلالة الإجازة كما في البيع الموقوف، وكما إذا سلم طائعاً بأن كان الإكراه على البيع، لا على الدفع؛ لأنه دليل الإجازة (الضمير في "لأنه" يعود إلى التسليم مع الطواعية)، هداية.

(وإن كان قبضه مكرها فليس بإجازة) لعدم الرضا (وعليه رده إن كان قائماً في يده) لفساد العقد (وإن) كان قد (هلك المبيع في يد المشتري، وهو) أي المشتري (غير مكره) والبائع مكره (ضمن) المشتري (قيمته) للبائع؛ لتلف مال الغير في يده من غير عقد صحيح، فتلزمه القيمة.

قيد بكونه المشتري غير مكره لأنه إذا كان مكرهاً أيضاً يكون الضمان على المكره دونه.." (١)

"ولا بأس أن ينفل الإمام في حال القتال، ويحرض بالنفل على القتال فيقول: من قتل قتيلاً فله سلبه، أو يقول لسريةٍ: قد جعلت لكم الربع بعد الخمس، ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة إلا من الخمس، وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة،

والقاتل وغيره فيه سواء. والسلب: ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه.

وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها.

ومن فضل معه علفٌ أو طعامٌ رده إلى الغنيمة.

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٩١

ويقسم الإمام الغنيمة: فيخرج خمسها، ويقسم أربعة أخماسها بين الغانمين: للفارس سهمان، وللراجل سهمٌ عند أبي حنيفة، وقالا: للفارس ثلاثة أسهمٍ، ولا يسهم إلا لفرسٍ واحدٍ، والبراذين والعتاق سواءٌ، ولا يسهم لراحلةٍ ولا بغلٍ.

ومن دخل دار الحرب فارساً فنفق فرسه استحق سهم فارسٍ، ومن دخل راجلاً فاشترى فرساً استحق سهم لراجلٍ.

ولا يسهم لمملوكٍ ولا امرأة ولا ذم يٍ ولا صبيٍ، ولكن يرضخ لهم على حسب ما يراه الإمام.

وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهمٍ: سهمٍ لليتامى، وسهمٍ للمساكين، وسهم لأبناء السبيل، ويدخل فقراء ذوي القربى فيهم، ويقدمون، ولا يدفع إلى أغنيائهم شيء.

وأما ذكر اللّه تعالى في الخمس فإنما هو لافتتاح الكلام تبركاً باسمه وسهم النبي صلى اللّه عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي، وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى اللّه عليه وسلم بالنصرة، وبعده بالفقر.

وإذا دخل الواحد أو الاثنان إلى دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً لم يخمس.

وإن دخل جماعةٌ لها منعةٌ وأخذوا شيئاً خمس، وإن لم يأذن لهم الإمام وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض لشيٍ من أموالهم ولا من دمائهم، وإن غدر بهم وأخذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً، ويؤمر أن يتصدق به.

وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم فـي دارنا سنةً، ويقول له الإمام: إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية، فإن أقام أخذ منه الجزية، وصار ذمياً. ولم يترك أن يرجع إلى دار الحرب، وإن عاد إلى دار الحرب وترك وديعةً عند مسلمٍ أو ذميٍ أو ديناً في ذمتهم فقد صار دمه مباحاً بالعود وما في دار الإسلام من ماله على خطرٍ، فإن أسو أو قتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئاً.

وما أوجف عليه المسلمون من أموال أهل الحرب بغير قتالٍ يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج.

وأرض العرب كلها عشرٍ، وهي: ما بين العذيب إلى أقصى حجرٍ باليمن بمهرة إلى حد الشام، والسواد أرض خراجٍ، وهو: ما بين العذيب إلى عقبة حلوان، ومن العلث إلى عبادان.

وأرض السواد مملوكةٌ لأهلها: يجوز بيعهم لها، وتصرفهم فيها.

وكل أرضٍ أسلم أهلها عليها أو فتحت عنوةً وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشرٍ.

وكل أرضٍ فتحت عنوةً وأقر أهلها عليها فهي أرض خراجٍ.

ومن أحيا أرضاً م و اتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها: فإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجيةٌ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشريةً، والبصرة عنده عشريةٌ بإجماع الصحابة رضي اللّه عنهم، وقال محمدٌ: إن أحيا ببئرٍ حفرها أو عينٍ استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحدٌ فهي عشريةٌ، وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجيةٌ، والخراج الذي وضعه عمر رضي اللّه عنه على أهل السواد من كل جريبٍ يبلغه الماء قفيزٌ هاشميٌ وهو الصاع ودرهم، ومن جريب الرطبة خمسة دراهم، ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم، وما سوى ذلك من الأصناف يوضع عليها بحسب الطاقة، فإن لم تطق ما وضع

عليها نقصهم الإمام،
وإن غلب الماء على أرض الخراج أو انقطع عنها أو اصطلم الزرع آفةٌ فلا خراج عليهم، وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج.

ومن أسلم من أهل ا لخراج أخذ منه الخراج على حاله.
ويجوز أن شتري المسلم أرض الخراج من الذمي، ويؤخذ منه الخراج، ولا عشر في الخارج من أرض الخراج.
والجزية على ضربين:جزيةٌ توضع بالتراضي والصلح، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق، وجزيةٌ يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب على الكفار وأقرهم على أملاكهم، فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنةٍ ثمانيةً وأربعين درهماً يأخذ منه في كل شهرٍ أربعة دراهم.
وعلى المتوسط الحال أربعةً وعشرين درهماً في كل شهرٍ درهمين، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهماً في كل شهرٍ درهماً.
وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم، ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا على المرتدين،
ولا جزية على امرأةٍ، ولا صبيٍ، ولا زمنٍ، ولا أعمى، ولا فقيرٍ غير معتملٍ، ولا الرهبان الذين لا يخالطون الناس.
ومن أسلم وعليه جزيةٌ سقطت عنه، وإن اجتمع حولان تداخلت الجزية.
ولا يجوز إحداث بيعةٍ ولا كنيسةٍ في دار الإسلام، وإذا انهدمت الكنائس والبيع القديمة أعادوها.." (١)
"(ومن أسلم من أهل الخراج، أخذ منه الخراج على حاله)؛ لأن الأرض قد اتصفت بالخراج؛ فلا تتغير بتغير المسالك.
(ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي) اعتبارا بسائر أملاكه (ويؤخذ منه) أي المسلم (الخراج) الذي عليها؛ لالتزامه ذلك دلالة، قال في الهداية: وقد صح أن الصحابة رضوان اللّه تعالى عليهم اشتروا أراضي الخراج، وكانوا يؤدون خراجها؛ فدل ذلك على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم، من غير كراهة، اهـ.
(ولا عشر في الخارج من أرض الخراج)؛ لأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة، وسبب الحقين واحد - وهو الأرض النامية - إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقاً وفي الخراج تقديراً، ولهذا يضافان إلى الأرض، وتمامه في الهداية.

(والجزية) بالكسر - وهي: اسم لما يؤخذ من أهل الذمة؛ لأنها تجزئ من القتل: أي تعصم، والجمع جزىً كلحية ولحىً (على ضربين) الضرب الأول (جزية توضع بالتراضي والصلح) قبل قهرهم والاستيلاء عليهم (فتقدر بحسب) أي بقدر (ما يقع عليه الاتفاق)، لأن الموجب هو التراضي، فلا يجوز التعدي إلى غيره، تحرزاً عن الغدر بهم (و) الضرب الثاني

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٩٥

(جزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب) الإمام (على الكفار) واستولى عليهم (وأقرهم على أملاكهم) لما مر أنه مخير في عقارهم (فيضع على الغني الظاهر الغنى) وهو من يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا (في كل سنة ثمانية وأربعين درهما) منجمة على الأشهر (يأخذ في كل شهر أربعة دراهم) وهذا لأجل التسهيل عليه، لا بيان للوجوب، لأنه بأول الحول كما في البحر عن الهداية (و) يضع (على المتوسط الحال) وهو من يملك مائتي درهم فصاعدا (أربعة وعشرين درهما) منجمة أيضا (في كل درهمين، و) يضع (على الفقير) وهو من يملك ما دون المائتين، أو لا يملك شيئاً (المعتمل اثني عشر درهما) منجمة أ يضاً (في كل شهر درهما) قال في البحر: وظاهر كلامهم أن حد الغنى والتوسط والفقر لم يذكر في ظاهر الرواية، ولذا اختلف المشايخ فيه، وأحسن الأقوال ما اختاره في شرح الطحاوي، ثم ذكر عبارته بمثل ما ذكرناه.
(وتوضع الجزية على أهل الكتاب) شامل اليهودي والنصراني، ويدخل في اليهود السامرية؛ لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه الصلاة والسلام، إلا أنهم يخالفونهم في فروع، ويدخل في النصارى الفرنج والأرمن، وفي الخانية: وتؤخذ الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، بحر (والمجوس) ولو من العرب لوضعه صلى اللّه عليه وسلم على مجوس هجر، والمجوس: جمع مجوسي، وهو من يعبد النار (وعبدة الأوثان) جمع وثن وهو الصنم، إذا كانوا (من العجم) لجواز استرقاقهم، فجاز ضرب الجزية عليهم.

(ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب)؛ لأنه صلى اللّه عليه وسلم نشأ بين أظهرهم؛ ونزل القرآن بلغتهم، فكانت المعجزة أظهر في حقهم فلم يعذروا في كفرهم (ولا) على (المرتدين)، لكفرهم بعد الهداية للإسلام فلا يقبل منهما إلا الإسلام أو الحسام، وإذا ظهرنا عليهم فنساؤهم وذراريهم فيء؛ لأن أبا بكر رضي اللّه تعالى عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين، هداية.
(ولا جزية على امرأة ولا صبي) ولا مجنون ولا معتوه (ولا زمن، ولا أعمى) ولا مفلوج ولا شيخ كبير؛ لأنها وجبت بدلا عن القتال، وهم لا يقتلون ولا يقاتلون لعدم الأهلية (ولا فقير غير معتمل) أي مكتسب ولو بالسؤال، لعدم الطاقة، فلو قدر على ذلك وضع عليه، قهستاني (ولا على الرهبان الذين لا يخالطون الناس)؛ لأنهم إذا لم يخالطوا الناس لا قتل عليهم، والأصل في ذلك: أن الجزية لإسقاط القتل، فمن لا يجب عليه القتل لا توضع عليه الجزية، وتمامه في الاختيار (قال في الاختيار: "ولا جزية على الرهبان المنعزلين، ولا على فقير غير معتمل، و ا لمراد الرهبان الذين لا يقدرون على العمل والسياحين ونحوهم. أما إذا كانوا يقدرون على العمل فيجب عليهم وإن اعتزلوا وتركوا العمل؛ لأنهم يقدرون على العمل فصاروا كالمعتملين إذا تركوا العمل، فتؤخذ منهم الجزية، ونظيره تعطيل أرض الخراج" اهـ.)، ولا توضع على المملوك، ولا المكاتب، ولا المدبر، ولا أم الولد، لعدم الملك، ولا يؤدى عنهم مواليهم، لتحملهم الزيادة بسببهم. والعبرة في الأهلية وعدمها وقت وضع الإمام، فمن أفاق أو أعتق أو بلغ أو برأ بعد وضع الإمام لم توضع عليه حتى تمضي تلك السنة، كما في الاختيار (قال: "ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون أو عتق العبد أو برأ المريض قبل وضع الإمام الجزية وضع عليهم، ولو بعد وضع الجزية لا توضع عليهم، لأن المعتبر أهليتهم عند الوضع لأن الإمام يحرج (يناله الحرج) في تعرف حالهم في كل وقت، ولم

يكونوا أهلا وقت الوضع، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد ال وضع حيث يوضع عليه، لأن الفقير أهل الجزية، وإنما سقطت عنه للعجز وقد زال" اهـ.).." (١)

"مباح مكروه حرام واجب.

وثبوته بالكتاب والسنة والاجماع والقياس (فالايجاب) هو (ما يذكر أولا من كلام) أحد (المتعاقدين) والقبول ما يذكر ثانيا من الآخر سواء كإن بعت أو اشتريت (الدال على **التراضي**) قيد به اقتداء بالآية وبيانا للبيع الشرعي، ولذا لم يلزم بيع المكره وإن." (٢)

"(ص) عن خميرة يتعاطاها الجيران أيكون ربا؟ فقال: ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح.

وفيها: شراء الشئ اليسير بثمن غال لحاجة القرض يجوز، ويكره وأقره المصنف.

قلت: وفي معروضات المفتي أبي السعود: لو أدان زيد العشرة باثني عشر أو بثلاثة عشر بطريق المعاملة في زماننا بعد أن ورد الامر السلطاني وفتوى شيخ الاسلام بأن لا تعطى العشرة بأزيد من عشرة ونصف ونبه على ذلك فلم يمتثل ماذا يلزمه؟ فأجاب: يعزر ويحبس إلى أن تظهر توبته وصلاحه فيترك.

وفي هذه الصورة: هل يرد ما أخذه من الربح لصاحبه؟ فأجاب: إن حصله منه **بالتراضي** ورد الامر بعدم الرجوع." (٣)

"(أو بعده بقضاء رجع) السيد (بقيمته على الغرماء وعاد حقهم في العبد) لزوال المانع (وإن رد بعد القبض لا بقضاء فلا سبيل لهم على العبد للمولى ولا لعبد على القيمة) لان الرد **بالتراضي** إقالة وهي بيع في حق غيرهما (وإن فضل من دينهم شئ رجعوا به على العبد بعد الحرية) كما مر (أو ضمنوا مشتريه) عطف على البائع: أي إن شاؤوا ضمنوا المشتري ويرجع المشتري بالثمن على البائع (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لا قيمة العبد (وإن باعه) السيد." (٤)

"في مجلسه.

أي طلب المواثبة فلا تبطل بعده (ويملك بالاخذ **بالتراضي** أو بقضاء القاضي) عطف على الاخذ لثبوت ملك الشفيع بمجرد الحكم، قبل الاخذ كما حرره منلا خسرو (بقدر رؤوس الشفعاء لا الملك) خلافا للشافعي (للخليط) متعلق

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٤٠٤

(٢) الدر المختار، ٥/١٠

(٣) الدر المختار، ٥/٢٩٣

(٤) الدر المختار، ٥/٤٦٦

بتجب (في نفس المبيع.

ثم) إن لم يكن أو سلم (له في حق المبيع) وهو الذي قاسم وبقيت له شركة في حق العقار." (١)

"لئلا يعود على موضوعه بالنقض.

في المجتبى: حانوت لهما يعملان فيه طلب أحدهما القسمة إن أمكن لكل أن يعمل فيه بعد القسمة ما كان يعمل فيه قبلها قسم، وإلا لا.

(وقسم عروض اتحد جنسها لا الجنسان) بعضهما في بعض لوقوعهما معاوضة لا تمييزا فتعتمد **التراضي** دون جبر القاضي (و) لا (الرقيق) وحده لفحش التفاوت في الآدمي.

وقالا: يقسم لو ذكروا فقط وإناثا فقط كما تقسم الابل والغنم ورقيق المغنم (و) لا (الجواهر) لفحش." (٢)

"تفاوتها (والحمام) والبئر والرحى والكتب وكل ما في قسمه ضرر (إلا برضاهم) لما مر، ولو أراد أحدهما البيع وأبى الآخر لم يجبر على بيع نصيبه خلافا لمالك.

وفي الجواهر: لا تقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع كل بالمهايأة، ولا تقسم بالاوراق ولو برضاهم، وكذا لو كان كتابا ذا مجلدات كثيرة، ولو تراضيا أن تقوم الكتب ويأخذ كل بعضها بالقيمة لو كان **بالتراضي** جاز، وإلا لا.

خانية.

دار أو حانوت بين اثنين لا يمكن قسمتها شاجرا فيه فقال أحدهما: لا أكري ولا أنتفع، وقال الآخر: أريد ذلك أمر القاضي بالمهايأة، ثم يقال لمن يريد الانتفاع: إن شئت فانتفع، وإن شئت فأغلق الباب.

(دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل وحدها) منفردة مطلقا ولو متلازقة." (٣)

"جاز وإن) وصلية (كان سهامهم في الدار متساوية، و) ذلك لان (القسمة على التفاوت **بالتراضي** في غير الاموال الربوية جائزة) فجاز قسمة التين بالاكرار لانه ليس بوزني، لا العنب بالشريجة على الصحيح بل بالقبان أو الميزان لانه وزني.

(سفل له) أي فوقه (علو) مشتركان (وسفل مجرد) مشترك والعلو لآخر (وعلو مجرد) مشترك والسفل لآخر (قوم كل واحد) من ذلك (على حدة، وقسم بالقيمة) عند محمد، وبه يفتى.

(أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه وشهد القاسمان بالاستيفاء) لحقه (قيل) وإن قسما بأجر في الاصح.

ابن ملك (ولو شهد قاسم واحد لا) لانه فرد.

(ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا) وقع (في يد صاحبه غلطا وقد) كان (أقر بالاستيفاء) أو لم يقر به ذكره البرجندي

---

(١) الدر المختار، ٥/٥٢١

(٢) الدر المختار، ٥/٥٦٧

(٣) الدر المختار، ٥/٥٦٨

(لم يصدق إلا ببرهان) أو إقرار الخصم أو نكوله، فلو قالا إلا بحجة لعمت، ولا تناقض لانه اعتمد على فعل الامين ثم ظهر غلطه (وإن قال قبضته." (١)

"ذمم الورثة أو يبقى منها) أي من التركة (ما يفي به) لزوال المانع (ولو ظهر غبن فاحش) لا يدخل تحت التقويم (في القسمة) فإن كانت بقضاء (بطلت) اتفاقا لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد (ولو وقعت **بالتراضي**) تبطل أيضا (في الاصح) لان شرط جوازها المعادلة ولم توجد فوجب نقضها خلافا لتصحيح كالخلاصة.

قلت: فلو قال: كالكنز تفسخ لكان أولى (وتسمع دعواه ذلك) أي ما ذكر من الغبن الفاحش (وإن لم يقر بالاستيفاء، وإن أقر به لا) تسمع دعوى الغلط والغبن للتناقض، إلا إذا ادعى الغصب فتسمع دعواه.

وتمامه في الخانية.

(ادعى أحد المتقاسمين) للتركة (دينا في التركة صح) دعواه لانه لا تناقض لتعلق الدين بالمعنى والقسمة للصورة (ولو ادعى عينا) بأي سبب كان (لا) تسمع للتناقض، إذ الاقدام على." (٢)

"القسمة اعتراف بالشركة.

وفي الخانية: اقستموا دارا أو أرضا ثم ادعى أحدهم في قسم الآخر بناء أو نخلا زعم أنه بناه أو غرسه لم تقبل بينته.

(وقعت شجرة في نصيب أحدهما أغصانها متدلية في نصيب الآخر ليس له أن يجبره على قطعها، به يفتى) لانه استحق الشجرة بأغصانها اختيار.

(بنى أحدهما) أي أحد الشريكين (بغير إذن الآخر) في عقار مشترك بينهما (فطلب شريكه رفع بنائه قسم) العقار (فإن وقع) البناء (في نصيب الباني فيها) ونعمت (وإلا هدم) البناء، وحكم الغرس كذلك.

بزازية.

(القسمة تقبل النقض، فلو اقتسموا وأخذوا حصتهم ثم تراضوا على الاشتراك بينهم صح) وعادت الشركة في عقار أو غيره، لان قسمة **التراضي** مبادلة ويصح فسخها ومبادلتها **بالتراضي**.

بزازية.

(المقبوض بالقسمة الفاسدة) كقسمة على شرط هبة أو صدقة أو بيع من المقسوم أو غيره (يثبت الملك ويفيد) جواز (التصرف فيه) لقابضه ويضمنه بالقيمة (كالمقبوض بالشراء الفاسد) فإنه." (٣)

"ثم) ادعى (الوقف) عليه (تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره) فإنه يقبل.

(ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية وأنكر) الآخر الشراء جاز (للبائع أن يطأها إن ترك) البائع (الخصومة) واقترن

---

(١) الدر المختار، ٥/٥٧١

(٢) الدر المختار، ٥/٥٧٤

(٣) الدر المختار، ٥/٥٧٥

تركه بفعل يدل على الرضا بالفسخ كإمساكها ونقلها لمنزله، لما تقرر أن (جحود) جميع العقود (ما عدا النكاح فسخ) فللبائع ردها بعيب قديم لتمام الفسخ **بالتراضي**.

عيني.

أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا (ف) – لذا (لو جحد أنه تزوجها ثم ادعاه وبرهن) على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فإنه إذا أنكره ثم ادعاه لا يقبل لانفساخه بالانكار، بخلاف النكاح.

(أقر بقبض عشرة) دراهم (ثم ادى أنها زيوف) أو نبهرجة (صدق) بيمينه لان اسم الدراهم يعمها، بخلاف الستوقة لغلبة عشها (و) لذا (لو ادعى أنها ستوقة لا) يصدق (إن) كان البيان (مفصولا وصدق لو) بين (موصولا) نهاية، فالتفصيل في المفصول لا في الموصول (ولو أقر بقبض ا لجياد لم يصدق مطلقا) ولو موصولا للتناقض (ولو أقر أنه قبض حقه أو) قبض (الثمن أو استوفى) حقه (صدق في دعواه الزيافة لو) بين (موصولا وإلا لا) لان قوله جياد مفسر فلا يحتمل التأويل، بخلاف غيره لانه ظاهر أو نصر فيحتمل التأويل.

ابن كمال.

(أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا) وبرهن عليه (قبل) برهانه.

قنية عن علاء الدين.

وسيجئ في الاقرار.

(قال لآخر لك علي ألف) درهم (فرده) المقر له (ثم صدقه)..." (١)

"(أو بعده بقضاء رجع) السيد (بقيمته على الغرماء وعاد حقهم في العبد) لزوال المانع (وإن رد بعد القبض لا بقضاء فلا سبيل لهم على العبد للمولى ولا لعبد على القيمة) لان الرد **بالتراضي** إقالة وهي بيع في حق غيرهما (وإن فضل من دينهم شئ رجعوا به على العبد بعد الحرية) كما مر (أو ضمنوا مشتريه) عطف على البائع: أي إن شاؤوا ضمنوا المشتري ويرجع المشتري بالثمن على البائع (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لا قيمة العبد (وإن باعه) السيد." (٢)

"في مجلسه.

أي طلب المواثبة فلا تبطل بعده (ويملك بالاخذ **بالتراضي** أو بقضاء القاضي) عطف على الاخذ لثبوت ملك الشفيع بمجرد الحكم، قبل الاخذ كما حرره منلا خسرو (بقدر رؤوس الشفعاء لا الملك) خلافا للشافعي (للخليط) متعلق بتجب (في نفس المبيع.

ثم) إن لم يكن أو سلم (له في حق المبيع) وهو الذي قاسم وبقيت له شركة في حق العقار." (٣)

---

(١) الدر المختار، ٥/٥٩٩

(٢) الدر المختار، ٦/٤٦٦

(٣) الدر المختار، ٦/٥٢١

"لئلا يعود على موضوعه بالنقض.

في المجتبى: حانوت لهما يعملان فيه طلب أحدهما القسمة إن أمكن لكل أن يعمل فيه بعد القسمة ما كان يعمل فيه قبلها قسم، وإلا لا.

(وقسم عروض اتحد جنسها لا الجنسان) بعضهما في بعض لوقوعهما معاوضة لا تمييزا فتعتمد التراضي دون جبر القاضي (و) لا (الرقيق) وحده لفحش التفاوت في الآدمي.

وقالا: يقسم لو ذكروا فقط وإناثا فقط كما تقسم الابل والغنم ورقيق المغنم (و) لا (الجواهر) لفحش." (١)

"تفاوتها (والحمام) والبئر والرحى والكتب وكل ما في قسمه ضرر (إلا برضاهم) لما مر، ولو أراد أحدهما البيع وأبى الآخر لم يجبر على بيع نصيبه خلافا لمالك.

وفي الجواهر: لا تقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع كل بالمهايأة، ولا تقسم بالاوراق ولو برضاهم، وكذا لو كان كتابا ذا مجلدات كثيرة، ولو تراضيا أن تقوم الكتب ويأخذ كل بعضها بالقيمة لو كان بالتراضي جاز، وإلا لا.

خانية.

دار أو حانوت بين اثنين لا يمكن قسمتها شاجرا فيه فقال أحدهما: لا أكري ولا أنتفع، وقال الآخر: أريد ذلك أمر القاضي بالمهايأة، ثم يقال لمن يريد الانتفاع: إن شئت فانتفع، وإن شئت فأغلق الباب.

(دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل وحدها) منفردة مطلقا ولو متلازقة." (٢)

"جاز وإن) وصلية (كان سهامهم في الدار متساوية، و) ذلك لان (القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة) فجاز قسمة التين بالاكرار لانه ليس بوزني، لا العنب بالشريجة على الصحيح بل بالقبان أو الميزان لانه وزني.

(سفل له) أي فوقه (علو) مشتركان (وسفل مجرد) مشترك والعلو لآخر (وعلو مجرد) مشترك والسفل لآخر (قوم كل واحد) من ذلك (على حدة، وقسم بالقيمة) عند محمد، وبه يفتى.

(أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه وشهد القاسمان بالاستيفاء) لحقه (قيل) وإن قسما بأجر في الاصح.

ابن ملك (ولو شهد قاسم واحد لا) لانه فرد.

(ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا) وقع (في يد صاحبه غلطا وقد) كان (أقر بالاستيفاء) أو لم يقر به ذكره البرجندي (لم يصدق إلا ببرهان) أو إقرار الخصم أو نكوله، فلو قالا إلا بحجة لعمت، ولا تناقض لانه اعتمد على فعل الامين ثم ظهر غلطه (وإن قال قبضته." (٣)

---

(١) الدر المختار، ٦/٥٦٧

(٢) الدر المختار، ٦/٥٦٨

(٣) الدر المختار، ٦/٥٧١

"ذمم الورثة أو يبقى منها) أي من التركة (ما يفي به) لزوال المانع (ولو ظهر غبن فاحش) لا يدخل تحت التقويم (في القسمة) فإن كانت بقضاء (بطلت) اتفاقا لان تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد (ولو وقعت **بالتراضي**) تبطل أيضا (في الاصح) لان شرط جوازها المعادلة ولم توجد فوجب نقضها خلافا لتصحيح كالخلاصة.

قلت: فلو قال: كالكنز تفسخ لكان أولى (وتسمع دعواه ذلك) أي ما ذكر من الغبن الفاحش (وإن لم يقر بالاستيفاء، وإن أقر به لا) تسمع دعوى الغلط والغبن للتناقض، إلا إذا ادعى الغصب فتسمع دعواه.

وتمامه في الخانية.

(ادعى أحد المتقاسمين) للتركة (دينا في التركة صح) دعواه لانه لا تناقض لتعلق الدين بالمعنى والقسمة للصورة (ولو ادعى عينا) بأي سبب كان (لا) تسمع للتناقض، إذ الاقدام على." (١)

"القسمة اعتراف بالشركة.

وفي الخانية: اقتسموا دارا أو أرضا ثم ادعى أحدهم في قسم الآخر بناء أو نخلا زعم أنه بناه أو غرسه لم تقبل بينته.

(وقعت شجرة في نصيب أحدهما أغصانها متدلية في نصيب الآخر ليس له أن يجبره على قطعها، به يفتى) لانه استحق الشجرة بأغصانها اختيار.

(بنى أحدهما) أي أحد الشريكين (بغير إذن الآخر) في عقار مشترك بينهما (فطلب شريكه رفع بنائه قسم) العقار (فإن وقع) البناء (في نصيب الباني فيها) ونعمت (وإلا هدم) البناء، وحكم الغرس كذلك.

بزازية.

(القسمة تقبل النقض، فلو اقتسموا وأخذوا حصتهم ثم تراضوا على الاشتراك بينهم صح) وعادت الشركة في عقار أو غيره، لان قسمة **التراضي** مبادلة ويصح فسخها ومبادلتها **بالتراضي**.

بزازية.

(المقبوض بالقسمة الفاسدة) كقسمة على شرط هبة أو صدقة أو بيع من المقسوم أو غيره (يثبت الملك ويفيد) جواز (التصرف فيه) لقابضه ويضمنه بالقيمة (كالمقبوض بالشراء الفاسد) فإنه." (٢)

"أشد من حرمة إجراء كلمة الكفر لجوازه لمكره، بخلاف القتل.

(و) موجبه (القود عينا) فلا يصير مالا إلا **بالتراضي** فيصح صلحا ولو بمثل الدية أو أكثر.

ابن كمال عن الحقائق (لا الكفارة) لانه كبيرة محضة، في الكفارة معنى العبادة فلا يناط بها.

---

(١) الدر المختار، ٦/٥٧٤

(٢) الدر المختار، ٦/٥٧٥

قلت: لكن في الخانية: لو قتل مملوكه أو ولده المملوك لغيره عمدا كان عليه الكفارة (و) الثاني (شبهه وهو أن يقصد بغير ما ذكر) أي بما لا يفرق الاجزاء ولو بحجر وخشب." (١)

"**بالتراضي**.

عيني.

أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا (فلذا) (لو جحد أنه تزوجها ثم ادعاه وبرهن) على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فإنه إذا أنكره ثم ادعاه لا يقبل لانفساخه بالانكار بخلاف النكاح.

(أقر بقبض عشرة) دراهم." (٢)

"جاز البيع بالألف ولا شيء على الضامن رجل اشترى جارية بألف وقبضهان ثم أقال البائع بخمس مائة أو بألف وخمس مائة فالإقالة بالثمن الأول فإن كان قد حدث بالجارية عيب جازت الإقالة بأقل الثمن ولم تجز بأكثر من الثمن فإن أقاله بأكثر من الثمن فهو بالثمن الأول رجل في يده دار أقام البينة أنه اشتراها من فلان بألف ونقده الثمن وأقام فلان البينة أنه اشتراها منه بألف ونقد الثمن فهي للذي في يده في قول أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) وقال محمد (رحمه الله) هي للمدعي والألف بالألف قصاص شرح المتن للبيع ألا ترى أنه جعل بيعا في حق الثالث فكذا ههنا ولأبي يوسف أن الإقالة تمليك المال بالمال **بالتراضي** وذلك جد البيع فوجب الجري على ذلك إلا إذا تعذر فينتقل إلى الفسخ لأنه يحتمله ولأبي حنيفة أن الإقالة رفع وإسقاط يقال في الدعاء اللهم أقلني عثرتي والرفع والإسقاط لا يحتمل معنى الابتداء بـحال إذا ثبت هذا فنقول إذا أقال بألف وخمسمائة صحت الإقالة عندهما بأي طريق كان وعند أبي حنيفة بألف وإن أقال بخمسمائة إن لم يكن بالمبيع عيب فالإقالة بألف ويلغو ذكر خمسمائة وإن كان بالمبيع عيب فالإقامة بخمسمائة ويصير المحطوط بإزاء النقصان وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الإقالة بخمسمائة في الوجهين

قوله هي للمدعي الخ لأن الأصل عن تعارض الحجج الجمع إن أمكن فإن تعذر فالترجيح فإن تعذر فالتهاتر وقد أمكن الجمع لأنه قامت دلالة البيعين وهي البينة وقد علمنا أن البيعين لا يوجدان معا فلا بد من الترتيب وقد قام دلالة الترتيب لأنا إذا بدأنا بشراء المدعي الخارج لم يصح بيعه لعدم اليد ولو بدأنا بشراء صاحب اليد صح بيعه وكان الجمع ممكنا من هذا الوجه وفيه تصحيح العقدين فتعين هذا الوجه ولهما أن الخصمين اتفقا على أنه لم يجر بينهما إلا عقد واحد فيكون القضاء بالعقدين قضاء من غير دعوى وذلك لا يجوز فتعذر الجمع والترجيح فتعين التهاتر وما قال في الكتاب الألف بالألف

---

(١) الدر المختار، ٩٣/٧

(٢) الدر المختار، ٤٣٢/٧

(١) ".

"فليس بعذر رجل استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض والله أعلم بالصواب - * باب الإجارة الفاسدة - *

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم) في رجل دفع غزلا شرح المتن

قوله ثم سافر فهو عذر لأنه لا يمكنه أن يسافر به لأن خدمة السفر أعظم من الحضر والحجر من السفر غير ممكن لأن في الحجر ضررا غير مستحق بالعقد فصار بمعنى العيب ولو كان الاستيجار ليخدمه مطلقا فكذلك الجواب لان المستأجر لا يملك أن يسافر به وإن كان العقد مطلقا لتفاوت في الخدمة

قوله تنتقض وهل يكون قضاء القاضي **أوالتراضي** شرطا للنقص ذكر ههنا أن شيئا من ذلك ليس بشرط بل يتفرد العاقد بالفسخ لأنه في معنى العيب قبل القبض والعيب قبل القبض يثبت ولاية الفسخ من غير قضاء في باب البيع فكذا ههنا وذكر في الزيادات وجعل قضاء القاضي شرطا فصار في المسئله روايتان والصحيح ما ذكر هنا وإنما يحتاج إلي القضاء إذا كان العذريحتمل الاشتباه - * باب الإجارة الفاسدة - *

قوله فالإجارة فاسدة الخ أما فساد الإجاره في هذه الصور فلأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فكان في معنى قفيز الطحان وهو أن جر ثورا من إنسان ليطحن بها الحنطة على أن يكون له قفيز من ذلك فتلك الإجاره فاسدة لأن هذا شرط منهى عنه فكذا هذا وأما وجوب أجر المثل فلأنه يسلم له المعقود عليه إذ لا فساد في جانب المعقود عليه

قوله فهو فاسد وقال أبو يوسف ومحمد في الإجارات من المبسوط إنه جائز لأن تصحيح العقود واجب ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل المعقود عليه نفس العمل وذكر الوقت للتعجيل فإذا لم يحل وفرغ من العمل يستحق الأجر كله

---

(٢) ".

"عجز فقال أخروني قال إن كان له مال حاضر أو غائب يرجى قدومه أخر يومين أو ثلاثة لا يزاد على ذلك وهو قول محمد (رحمه الله) وقال أبو يوسف (رحمه الله) لا يرد رقيقا حتى يتوالى عليه نجمان مكاتب أجل بنجم عند غير سلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز مكاتب اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة شرح المتن والتيسير فإذا أجل بنجم ولم يؤد حصته كان للمولى حق الفسخ في قولهما إلا أن يكون له مال حاضر أو غائب يرجى وجوده فيؤخر يوما أو يومين أو ثلاثة أيام لأنه لما مضى النجم صار كأنه كوتب على

---

(١) الجامع الصغير- عالم الكتب، ص/٣٦٥

(٢) الجامع الصغير- عالم الكتب، ص/٤٣٩

ذلك القدر حالا ولو كان كذلك لا يؤخر زيادة على ما قلنا فكذا هذا وقال أبو يوسف لايفسخ حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي (رضي الله عنه) إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق

قوله فهو جائز لأن الكتابة محتمل للفسخ **بالتراضي** من غير عذر فعند العذر أحق

قوله ورثه ابنه لأنه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتق المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته فحكم بعتق ابنه في ذلك الوقت لأنه تابع له فهذا حرمات عن ابن حر فيرثه

قوله وكذلك لأن كل واحد منهما كشخص واحد لكون العقد واحدا فإذا حكم بعتق أحدهما في وقت حكم بعتق الآخر في ذلك الوقت

قوله لم يكن ذلك قضاء الخ لأن القاضي قرره حكم الكتابه لأن من قضية قيام الكتابة أن يكون الولد ملحقا بموالي الأم والعقل عليهم مع احتمال أن يعتق الأب فيجر الولاء إلى نفسه

قوله فهو قضاء بالعجز لأن الاختلاف في تعيين نفس الولاء راجع إلى

". (١)

"وقوله (ولو كانت الأرض لمسلم باعها من نصراني) أي ذمي غير تغلبي ، وإنما فسر بذلك لأن لفظ النصراني ولفظ الذمي يتناولان التغلبي وغيره من النصارى ، وذكر قبيل هذا بيع المسلم من التغلبي فكان هذا من غير تغلبي ، وإنما قيد بقوله وقبضها ليعلم به تأكد ملك الذمي فيها وتقرر الأرض عليه حتى إذا أخذها مسلم بالشفعة أو ردت على البائع تبقى عشرية كما كانت وهي المسألة الثانية التي تجيء .

وقوله : (لأنه أليق بحال الكافر) إنما كان كذلك لأن المأخوذ ثلاثة أنواع خراج وعشر واحد وعشر مضاعف ، والعشر المضاعف يعتمد الصلح **والتراضي** كما في التغالبة وليس بموجود ، والعشر الواحد فيه معنى القربة ، والكافر ليس من أهله فتعين الخراج لأنه أليق به لكونه مؤنة فيها معنى العقوبة والكافر أهل لها .

وقوله (اعتبار بالتغلبي) يعني أن ما كان مأخوذا من المسلم إذا وجب أخذه من الكافر يضعف عليه كصدقة بني تغلب ، وما يمر به الذمي على العاشر وهو أهون من التبديل لأنه تغيير في الوصف والخراج واجب آخر .

وقوله (ثم في رواية : يصرف مصارف الصدقات ، وفي رواية : يصرف مصارف الخراج) وجه الأولى أن حق الفقراء تعلق به فهو كتعلق حق المقاتلة بالأراضي الخراجية ، ووجه الثانية وهي رواية ابن سماعة أن ما يصرف إلى الفقراء هو ما كان لله تعالى بطريق العبادة ، ومال الكافر ليس كذلك فيصرف مصارف الخراج .

وقوله (فإن أخذها منه مسلم) أي : إن أخذ الأرض." (٢)

---

(١) الجامع الصغير – عالم الكتب، ص/٤٥٨

(٢) العناية شرح الهداية، ١٨١/٣

"تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين بالإجماع ، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام : " لا رضاع " لنفي الجنس ، وعينه قد توجد بعد حولين ، فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة ، وعليه أي : وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب : يعني قوله تعالى ﴿ : والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ بدليل قوله تعالى بعده ﴿ فإن أرادا فصالا عن تراض ﴾ فإنه ذكر بحرف الفاء معلقا له **بالتراضي** ، ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به ؛ لأنه لا أثر للرضا في إزالة المحرم شرعا." (١)

"المكاتب ، وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ **بالتراضي** وقوله (على ما قالوا) إشارة إلى أن فيه اختلافا .

قال بعضهم : نصف قيمة القن لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الإجارة وما شاكلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر .

وقال بعضهم : قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم وهو مدة عمره من حيث الحزر والظن .

والأصح ما قاله في الكتاب لأن منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة ، وقيل الفتوى على الأول .." (٢)

"(ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لأنه استيفاء لحقه) ، والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وإن سرق منه عروضا قطع) لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعا **بالتراضي** .

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه .

قلنا : هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به ، حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف ، ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لأنه ليس له حق الأخذ ، وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد

." (٣)

"(وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء) أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن ؛ لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل

.

وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه ، وكذلك لو كانا حربيين

---

(١) العناية شرح الهداية، ٥/١٣٣

(٢) العناية شرح الهداية، ٦/٣٣٧

(٣) العناية شرح الهداية، ٧/٣٤٤

فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب) أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي ، والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام .
وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد .
". (١)

"(باب الجزية) : (وهي على ضربين : جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما ﴿ صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتي حلة ﴾ ، ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق (وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار ، وأقرهم على أملاكهم ، فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم .
وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما) وهذا عندنا .
وقال الشافعي : يضع على كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار ، والغني والفقير في ذلك سواء ﴿ لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر ﴾ من غير فصل .
ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان ، وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني .
ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ، ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ؛ ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض ، وهذا لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته ، فكذا أجرته هو بدله ، وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحا ، ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية .
". (٢)

"باب الجزية : لما فرغ من ذكر خراج الأراضي ذكر في هذا الباب خراج الرءوس وهو الجزية ، إلا أنه قدم الأول لأن العشر يشاركه في سببه ، وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم .
والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى ، وإنما سميت بها لأنها تجزي عن الذمي : أي تقضي وتكفي عن القتل ، فإنه إذا قبلها سقط عنه القتل ، قال الله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ إلى قوله ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ فإن قيل الكفر معصية وهو أعظم الكبائر فكيف يصح أخذ البدل على تقريره ؟ أجيب بأن الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر ، وإنما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كإسقاط

---

(١) العناية شرح الهداية، ٥٢/٨

(٢) العناية شرح الهداية، ٩٠/٨

القصاص بعوض ، أو هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق (قوله وهي على ضربين) ظاهر .
ونجران بلاد وأهلها نصارى ، والحلة إزار ورداء هو المختار ، ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين .
و قوله (ولأن الموجب هو **التراضي**) أي الموجب لتقرير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو **التراضي** لا الموجب لوجوب الجزية ، فإن موجبه في الأصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا .
وقوله (فيضع على الغني الظاهر الغنى) قال الإمام فخر الإسلام : من ملك ما دون المائتين أو لا يملك شيئا لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ، ومن ملك مائتي درهم فصاعدا إلى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضا فعليه أربعة وعشرون درهما ، ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا إلى ما لا نهاية له وهو معتمل." (١)
"قال (وإذا صح الوقف لم يجز بيعه) أي إذا لزم الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه ، إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته ، فقوله إلا أن يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه ، وهو منقطع أو متصل ، لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع اتساعا ، أما امتناع التمليك فلما بينا : يعني ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم ﴿ تصدق بأصلها لا تباع ولا توهب ﴾ وما ذكره من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة إلخ .
وقوله (وأما جواز القسمة) فظاهر .
وقوله (فهو الذي يقاسم) أي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي .
وقوله (خالص) صفة عقار : أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون القاسم هاهنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا ، فإن مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا ، وهو لا يجوز فيرفع أمره إلى القاضي ليقاسمه ، أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ، ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم في القسمة أو تراضيا على ذلك فإن إدخال الدراهم في القسمة لا يجوز إلا لضرورة أو **بالتراضي** على ما سيأتي في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى ، فلا يخلو إما أن يكون الواقف يأخذ." (٢)
"كتاب البيوع : لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها ، وذكر البيوع بعد الوقف لأن كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال ، وزيد عليه في الشرع فقيل : هو مبادلة المال بالمال **بالتراضي** بطريق الاكتساب .
وهو من الأضداد لغة .

---

(١) العناية شرح الهداية، ٩١/٨

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٤٠/٨

واصطلاحا يقال : باع الشيء إذا شراه ، ويقال باعه الشيء وباع منه ، ولاشتماله على الأنواع الآتي ذكرها جمعوه ، وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وبالسنة ﴿ فإنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك ﴾ ، والتقرير أحد وجوه السنة ، وبالإجماع فإنه لم ينكره أحد من الملبين وغيرهم ، وبالمعقول وهو سلب شرعيته ، فإن تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك ، وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الإيجاب والقبول أو ما دل على ذلك .

وشرطه من جهة العاقدين العقل والتمييز ، ومن ج هة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم .

وحكمه إفادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا ، فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فإنه ممتنع مع كونه ملكا له لأن ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع ، وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن .

وأنواعه باعتبار المبيع أربعة : بيع السلع." (١)

"حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج إلى النية فقوله (بخلاف النكاح) يعني أنه ينعقد بذلك ، فإن أحدهما إذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد ، وقد مر الفرق هناك ، وهو ما قال إن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح .

قال رحمه الله : وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا لبيان أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت ، بل كل ما دل على ذلك ينعقد به ، فإذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت : أي المبيع بذلك الثمن انعقد لإفادة المعنى المقصود ، وكذا إذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه : يعني بعت بذلك فخذه لأنه أمره بالأخذ بالبدل وهو لا يكون إلا بالبيع فقدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لأن المعنى هو المعتبر في هذه العقود ، وقيده بذلك لأن بعض العقود قد يحتاج إلى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة إذا لم يبينا جميع ما تقتضيه (ولهذا) أي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق) المقصود وهو **التراضي** .

وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وأمثاله ، ثم إن محمدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه." (٢)

"قال رحمه الله (وإذا أوجب) إذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ، إن شاء قال في المجلس قبلت ، وإن شاء رد ، وهذا يسمى خيار القبول ، وهذا لأنه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على أحدهما

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٦٨/٨

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٧١/٨

وانتفى التراضي ، فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف ، وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن إبطال حق الغير .

فإن قيل : سلمنا أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن إبطال حق الغير .

فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل ا لحول ، فإن المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع ، لأن حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه (قوله وإنما يمتد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم يتوقف على ما وراء المجلس .

وتقرير الجواب أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري ، وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع ، وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا .." (١)

"الآخر ، وإن كان الثاني فليس له أن يرده لأنه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الأول ثالثهما هذا إذا رد المشتري الثاني على الأول بعد القبض وأما إذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما إذا كان الرد بقضاء أو بغيره ، لأن الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الأصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية ، وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين أن الجوار في عيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة أو الناقصة ، وفي عيب يحدث مثله كالقروح والأمراض سواء ، وإن كان قد يتوهم أن العيب إذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يرده على بائعه لتيقنه بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الأصل ، والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء إقالة تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه .." (٢)

."

باب البيع الفاسد) : تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج إلى تنبيه ، ولقب الباب بالفاسد وإن كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه .

والباطل هو ما لا يكون صحيحا أصلا ووصفا ، والفاسد هو ما لا يصح وصفا ، وكل ما أورث خللا في ركن المبيع فهو مبطل ، ومما أورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الإطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٧٣/٨

(٢) العناية شرح الهداية، ٥٧/٩

ذلك فهو مفسد ، وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال : البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف أنفه ، والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال **بالتراضي** ، لأن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد ممن له دين سماوي ، وإنما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالمجروحة بالمذبوحة في غير المذبح فإن ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ، ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز .

ذكره المصنف في التجنيس وإن كان ميتة عندنا ، بخلاف الميتة حتف أنفه فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم ، وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد فاللام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادلة المال بالمال ، فإنه أي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر ، وإنما أولنا بذلك لأنه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم ؛ لأن الشرع أبطل تقومها في حق المسلمين لئلا يتمولوها كما." (١)

"المشتري فإنه لا يفيد الملك .

ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله ، لأن ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب **بالتراضي** صدر من أهله .

إذ الكلام في أن لا خلل في العاقدين مضافا إلى محله كذلك ، وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده .

لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك ، لأن النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه .

فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك .

لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين ، وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم .

واعترض بأن المحظور في البيع وقت النداء مجاور ، وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا ، وأيضا الحكم هناك الكراهة و في المتنازع فيه الفساد .

وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم .

والمجاور جمعا والمتصل وصفا سيان في ذلك وبأن غرضه أن حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان .

طالع التقرير تطلع على ذلك .

---

(١) العناية شرح الهداية، ٩/٩٠

(قوله وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض ، وتقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجوب." (١)

"(باب الإقالة) .

(الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول) لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ﴾ ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فإن شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول) .

والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما إلا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فتبطل .

وعند محمد رحمه الله هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن فتبطل .

لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع .

ومنه يقال : أقلني عثراتي فتوفر عليه قضيته .

وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ؛ ألا ترى أنه بيع في حق الثالث : ولأبي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال **بالتراضي** .

وهذا هو حد ال بيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا ، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية ، ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره ؛ لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان ، وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري ؛ لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة ، إذ لا ولاية لهما على غيرهما ، إذا ثبت هذا نقول : إذا شرط الأكثر." (٢)

.]"

باب الإقالة) (الإقالة) الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه .

لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرها إياهما ، وهي من القيل لا من القول ، والهمزة للسلب كما ذهب إليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم ﴿ من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ﴾ ندب صلى الله عليه وسلم إليها بما يوجب التحريض علها من الثواب إخبارا أو ادعاء ، وكلاهما لا يكون إلا لمشروع ، ولأن العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما ، وشرطها أن تكون بالثمن الأول (فإن شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول والأصل في ذلك أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين)

---

(١) العناية شرح الهداية، ٩/١٩١

(٢) العناية شرح الهداية، ٩/٢٢٨

ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الأول والنقصان منه .
ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيعا جديد ا في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع ، ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك ، وشرط التقابض إذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا .
وهذا لأن لفظها ينبئ عن الفسخ كما سنذكره ، ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال **بالتراضي** ، وجعلها فسخا أو بيعا فقط إهمال لأحد الجانبين وإعمالهما ولو بوجه أولى ، فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق المتعاقدين لقيامه بهما." (١)

"فتعين أن تكون بيعا في حق غيرهما ، فإن تعذر فجعلها فسخا بطلت كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولدا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع .
وهذا عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف هي بيع إلا أن يتعذر جعلها بيعا ، كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا إلا إن تعذر جعلها فسخا فتبطل ، كما إذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ إلا إذا تعذر ذلك ، كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول فيجعل بيعا إلا إذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه .
استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال : إن اللفظ للفسخ والدفع : يعني أن حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلني عثرتي ، وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز فيعمل بها ، وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لأنه بيع في حق ثالث .
واستدل أبو يوسف بمعناه فإنه مبادلة المال بالمال **بالتراضي** وليس البيع إلا ذلك ، واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة .
وعورض بأنه لو كانت بيعا أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ الإقالة وليس كذلك .
وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ ، وبالفرق بعد التسليم بأنه إذا قال ابتداء أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها بيعا لأن الإقالة إنما أضيفت إلى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها ، وما نحن فيه ليس كذلك لأنها أضيفت إلى." (٢)

"(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه) ؛ لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق .
(فإن قال فلان لم آمره لم يكن له) ؛ لأن الإقرار يرتد برده (إلا أن يسلمه المشترى له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة)

---

(١) العناية شرح الهداية، ٢٣٠/٩
(٢) العناية شرح الهداية، ٢٣١/٩

؛ لأنه صار مشتريا بالتعاطي ، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له ، ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن ، وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام **التراضي** وهو المعتبر في الباب .

". (١)

"قال (ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان إلخ) رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان : يعني لأجله فباعه منه ، فلما طلبه منه فلان أبى أن يكون فلان أمره بذلك فإن لفلان ولاية أخذه ، لأن قوله السابق : يعني قوله لفلان إقرار منه بالوكالة عنه ، والإقرار بالشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق فلا ينفعه الإنكار اللاحق .

فإن قيل : قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالأجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك : أي لأجل شفاعتك .

قلنا : خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة ، وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه (وإن قال فلان لم آمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لأن الإقرار ارتد بالرد إلا أن يسلمه المشتري له) أي إلا أن يسلمه المشتري له العبد المشترى لأجله إليه ، ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلانا العبد المشترى لأجله ، وفاعل يسلم ضمير يعود إلى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها (فيكون بيعا وعليه العهدة) أي على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن لأنه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي إذا اشترى لشخص ثم سلمه المشترى لأجله .

ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود **التراضي** الذي هو ركن في باب البيع .." (٢)

"المال بالمال على وجه **التراضي** بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع .

وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه .

ويجوز أن يقال : البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوصلا به إلى تحصيل ملك غيره له ، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا إليه بإخراج ملكه ، وكلاهما صادق على المقايضة ، فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه ، وبذلك يتميز البائع عن المشتري ، والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء ، فيسقط ما قيل إذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فيما إذا رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع ، وما قيل إذا كان شراء كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء ، وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق ، فكان الواجب أن لا تجوز المقايضة إلا إذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيمة أو بأقل منه يسيرا كما روى

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٣٨/١١

(٢) العناية شرح الهداية، ١٣٩/١١

الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ، ويجوز له أن يبيع بما عز وهان ، ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلا لأن موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله ، فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة تحمد المتصدي لتلفيقه إن شاء الله تعالى .." (١)

"(ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة ، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها) لأن تملكها لا يكون إلا **بالتراضي** ولم يوجد فوجبت القيمة

(ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة) يعني أنه يحكم مهر المثل أولا ، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال فخر الإسلام وهو تخريج الرازي .

وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم ، وإلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا **بالتراضي** ولم يوجد فوجبت القيمة .." (٢)

"وإذا صالح عن جناية العمد أو الخطإ صح .

أما الأول فلقوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك : فمن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع : أي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف : أي على مجاملة وحسن معاملة وأداء : أي وعلى المصالح أداء ذلك إلى ولي القتيل بإحسان في الأداء ، وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد .

وأما المعنى الآخر وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفي عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع المعروف : أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف : أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عل يه وأداء إليه بإحسان : أي وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا ، فلهذا قال ابن عباس إنها نزلت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث إن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، ومن حيث إن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ **بالتراضي** ، وإذا كان في معناه فما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح هاهنا ، فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لأن." (٣)

---

(١) العناية شرح الهداية، ١١/١٦٨

(٢) العناية شرح الهداية، ١١/٣٣٨

(٣) العناية شرح الهداية، ١٢/٧٠

"قال : (وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود ، وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا (وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) ؛ لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح : قال : (وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) ؛ لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر : يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر .

ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء ، وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو ، إلا أنه يتخير ؛ لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده .

قال (وإن وهب دارا فعوضه من نصفها) رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض ؛ لأن المانع خص النصف .

قال (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) ؛ لأنه مختلف بين العلماء ، وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ، فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء ، حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ، ولو منعه فهلك لم يضمن ؛ لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء ؛ لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه ؛ لأنه تعدى ، وإذا رجع بالقضاء أو **بالتراضي** يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع ؛ لأن العقد وقع جائزا موجبا حق." (١)

"القبض ، وفيه نظر تقدم غير مرة ، والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف ، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ، ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع .

قال في المغرب : الوهاء بالمد خطأ ، وإنما هو الوهي ، وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ ، وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل ، وإن كان العوض لم يحصل (فإذا تردد) لا بد من الفصل بالرضا أو القضاء ، حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ (ولو منعه فهلك) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعده لأن أول القبض غير مضمون ، وهذا دوام على ذلك إلا أن يمنعه بعد الطلب لأنه تعدي ، وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخا من الأصل) وخالف زفر في الرجوع **بالتراضي** وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب ، فإنه إذا كان بالقضاء كان فسخا وإذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدإ .

والجواب أن **التراضي** على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائيا ، وهاهنا تراضيا على رفع سبب غير لازم ، وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الأصل (حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٠٣/١٢

الشائع) كما إذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ، ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في." (١)

"الابتداء ، فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارئ لا أثر له فيها (قوله لأن العقد) هو الدليل على المطلوب .

وتقريره أن هذا العقد جائز الفسخ ما تقدم من ثبوت حق الرجوع ، وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له ، ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء لأنهما يفعلان **بالتراضي** ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الإطلاق ليشمل **التراضي** والقضاء .

وقوله (بخلاف الرد) جواب عن قياس زفر .

وتقريره أن الرد بالعيب بعد القبض إنما كان في صورة القضاء خاصة ، لأن الحق هناك في وصف السلامة ، حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له لا في الفسخ ، لأن العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما ، وأما القاضي فإنما يقضي أولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة ، فإن عجز ا لبائع قضي بالفسخ فلم يكن ما ثبت **بالتراضي** عين ما ثبت بالقضاء فافترقا ، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا ، وفائدة هذا أنه لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافا لزفر في غيره ، وإذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك ، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذلك ، وإن كان بغيره فليس له ذلك." (٢)

"مستوفى ، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذ العبد وما يملكه لمولاه ، فالظاهر من مولاه أن يمهله ، فإن لم يمهله وطالبه بالأداء وامتنع عنه يرد رقيقا **بالتراضي** أو بقضاء القاضي (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الإمهال فيه ظاهرا ، ويجوز حالا." (٣)

"قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز) لأن الكتابة تفسخ **بالتراضي** من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض .

قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان) المراد بالإخلال هاهنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في أدائها : فإذا أخل بهذا التعيين بنجم عند غير السلطان : أي القاضي (فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا ،

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٠٨/١٢

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٠٩/١٢

(٣) العناية شرح الهداية، ٤٩١/١٢

لأن الكتابة تفسخ **بالتراضي** من غير عذر فبالعذر أولى ، وإن لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الإبطال بانفراده (تام) ليس فيه خيار شرط ، وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج إلى) الرضا أو (القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم أن فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ، ووجهها أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد ، لأن تمام الكتابة بالأداء وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه ، فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشترى معيبا قبل القبض ، وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك هاهنا .." (١)

"قال (وإذا أكره الرجل على بيع ما له أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود **التراضي** ، قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد ، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا ، وكذا الإقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب ، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ، ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا ، وعند زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ؛ ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك ، ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله والفساد لفقد شرطه وهو **التراضي** فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض ، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ، ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وبإجازة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد." (٢)

"فإذا (أكره على بيع ما له أو شراء سلعة أو الإقرار بماله أو إجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس) فهو إكراه يترتب عليه الحكم ، فإن فعل ما دعي إليه ثم زال الإكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ ، لأن من شرط صحة هذه العقود **التراضي** ، قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (فيفسد ، وإن أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن إكراها لأنه لا يبالي به نظرا إلى العادة إلا إن كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضر به) فهو إكراه (ل) وجود العلة حينئذ وهو (فوات الرضا) (قوله وكذا الإقرار حجة) معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد : أي والإقرار أيضا يفسد بالإكراه بهذه الأشياء ، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجح

---

(١) العناية شرح الهداية، ٩٤/١٣

(٢) العناية شرح الهداية، ١٥٢/١٣

جنبة الصدق ، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة ، بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو إقرار كما في البيع ، إلا إذا كان المكره صاحب منصب : أي عز ومرتبة ، فإن الشرفاء والأجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ، ولهذا قال محمد رحمه الله : ليس في ذلك تقدير لازم ، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به (ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت." (١)

"به الملك عندنا .

وعند زفر رحمه الله لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ، ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الإجارة (قبل الإجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله) لأن الإيجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو الملك (والفساد لفقد شرطه وهو **التراضي**) قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) والبيع بشرط الخيار ، إنما لا يفيده لأنه جعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط ، والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط ، فإذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض .

(فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد (جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة) فإن قيل : لو كان كسائر البياع ات الفاسدة لما عاد جائزا بالإجازة كهو .

أجاب بأن بإجازة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز ، بخلاف سائرها فإن المفسد فيه باق (قوله إلا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فإن فيه إذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الأول حق استرداده وهاهنا لا ينقطع بسبب الإكراه حق الاسترداد للبائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك ، لأن الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد." (٢)

"قول الحسن وزفر ، وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث .

ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ؛ ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز .

وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها أطعموها الأسارى ﴾ " أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ، ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد .

وإذا أدى البدل يباح له ؛ لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة **بالتراضي** ، وكذلك إذا أبرأه لسقوط حقه به ، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه ؛ لأنه لا يقضي إلا بطلبه ، وعلى هذا

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٣/١٥٤

(٢) العناية شرح الهداية، ١٣/١٥٥

الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود ال ا ستهلاك من كل وجه ، بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه .
وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما ، وأصله ما تقدم .
". (١)

"(فصل) : لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب .

قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالمالك بالخيار ، إن شاء صبر إلى أن توجد ، وإن شاء ضمنه قيمتها ، فإن اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله .
قال (الغصب عدوان محض ، وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فإنه لا يملكه بالاتفاق (ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله) يعني يدا ورقبة ، وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل ، لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك ، وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب وإلا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله ، فإنه قال في الأسرار : قال علماؤنا رحمهم الله : ال غ صب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو **التراضي** .
قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط : وهذا وهم ، فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ، ولو كان الغصب هو السبب لكان إذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة ، فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه ، فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ، ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سببا له ، فإنه ترغيب للناس." (٢)
"غير معتبرة ، وبما إذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدراهم اليتيم فإنه جائز لا محالة ، ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن .
وأجيب عن الأول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى ، فكان السؤال غير وارد ، وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر ، وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات وقد عرفت هذه المآخذ) أي العلل التي هي مناط الحكم ، أو ما ذكره أولا لأنها حصلت في ملك الغاصب ، وثانيا بقوله إنها لا يتحقق غصبها وإتلافها ، وثالثا بقوله لأنها لا تماثل الأعيان إلى آخره (وفي المختلف) يعني في م ختلف أبي الليث ، وقوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٣/٣٥٩

(٢) العناية شرح الهداية، ١٣/٣٨٤

قوله المنافع أموال متقومة .

وتقريره أنا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لأن التقوم لا يسبق الوجود والإحراز ، وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها **بالتراضي** ، ولا عقد في المتنازع فيه (إلا أن) أي لكن (ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين) والله أعلم .." (١)

"قال (وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) ؛ لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا **بالتراضي** أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة .

وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الأولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له .

ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معارضة المال بالمال على ما نبينه إن شاء الله تعالى .

والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

قوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين إلى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين .

وقوله (يعني في الصورة الأولى) إذا مات الشفيع لأنه لم يملكها فلا تورث عنه .

وقوله (في الثانية) يعني إذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم .

وقوله (في الثالثة) يعني إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها .

وقوله (ثم قوله تجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله والله أعلم .." (٢)

"قال (وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر ؛ والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة قال (وإذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في إنشاء العقد ، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه (وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال **بالتراضي** والشفيع ثالث ، ومراده الرد بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف ؛ وفي الجامع الصغير : ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية ، وهو بكسر الراء ، ومعناه : لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ، ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار

---

(١) العناية شرح الهداية، ٤٠٣/١٣

(٢) العناية شرح الهداية، ٤٣٩/١٣

الرؤية وخيار الشرط لأنهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا ، وهذا المعنى موجود في القسمة ، والله سبحانه أعلم

". (١)

"يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، ولو اشترياه واقتسماه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن .

ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر .

ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة .

وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ، ولما استشعر أن يقال : لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الآبي على القسمة في ذلك .

أجاب بقوله : إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد ، ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجري فيه الجبر ، كما في قضاء الدين فإن المديون يجبر على القضاء مع أن الديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته ، وهذا جبر في الم بادلة قصدا وقد جاز فلأن يجوز بلا قصد إليه أولى ، وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته ، فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره ؛ وإن كانت من أجناس مختلفة كالإبل والبقر والغنم لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ، ولو تراضوا على ذلك جاز لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة **والتراضي** في التجارة شرط." (٢)

"وقوله (عدلا مأمونا) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) يعني لم يرفعوا الأمر إلى الحاكم بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم ، فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت **بالتراضي** كما في سائر المعاوضات .

وقوله (كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالأجرة على قدر الأنصباء ، وكذلك الوزان والحافر (وقوله إن الأجر مقابل بالتمييز ، ولأنه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشي على الحدود ، لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه ، فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصباء ويزداد دقة بقلة الأنصباء ، فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق ، ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم بأصل التمييز ، بخلاف حفر البئر

---

(١) العناية شرح الهداية، ٥٠٠/١٣

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٠/١٤

لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت .
وقوله (وإن لم يكن للقسمة) بأن اشتريا مكيلا أو موزونا وأمرا إنسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالأجر بقدر الأنصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب ، وقال : أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا." (١)

"(فصل فيما يقسم وما لا يقسم) : قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه ، فإن طلب صاحب الكثير قسم ، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه ، والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي ، والوجه اندرج فيما ذكرناه والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول (وإن كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما) لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة ، وفي هذا تفويتها ، وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما .
أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض إذا كانت من صنف و احد) لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض) لأنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة ، وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكيل وموزون كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الأواني) لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة (."(٢)

"، وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) كالثياب مثلا : يعني به يجبر على ذلك ، لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لأن عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ، ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) .
وقوله (ويقسم القاضي كل مكيل وموزون إلخ) ظاهر .
وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الأشياء قسمة جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة ، بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها ، وكذلك في البعير وغيره والأواني المتخذة من أصل واحد كالإجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا ، وكذلك الأثواب المتخذة من القطن أو الكتان إذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص (ويقسم

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٤/١٤
(٢) العناية شرح الهداية، ٤٢/١٤

الثياب الهروية لاتحاد الصنف ، ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لأن فيه إتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء .

فإن رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بينا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها **التراضي** .

ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن إلا بزيادة دراهم مع الأوكس ، والدراهم لم تكن مشتركة." (١)

"فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أثواب إذا دخل ثوب بثوبين) يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوبا والآخر ثوبين (وكذا إن استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فإنه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك ، ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض ، وما ثمة معاوضة تحتاج إلى **التراضي** (وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو إما أن يكون الرقيق مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أو لا يكون ، فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعا على الأظهر ، أما عندهما فظاهر .

وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة ، وقد يثبت الحكم لشيء تبعا وإن لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف ، وإن لم يكن فإن كانوا ذكورا وإناثا لا يقسم إلا برضاهما ، وإن كانوا ذكورا أو إناثا لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك .

وقال صاحباه : يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم .

ولأبي حنيفة أن." (٢)

"قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ، ولا رحى إلا بتراضي الشركاء ، وكذا الحائط بين الدارين) لأنها تشتمل على الضرر في الطرفين ، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف **التراضي** لما بينا قال (وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة وقالا : إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة لهما أنها جنس واحد اسما وصورة ، ونظرا إلى أصل السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ، ووجوه السكنى فيفوض الترجيح إلى القاضي وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار ، وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٤/٤٥

(٢) العناية شرح الهداية، ١٤/٤٦

فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ، لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه : تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما ، وهو رواية هلال عنهما وعن محمد أنه يقسم إحداهما في الأخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيما بينها يسير ، والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لأنه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شبيها من كل واحد .

قال (وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم." (١)

"قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى) والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس ، وفي قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالتراضي .

ومن المشايخ من قال : القاضي لا يقسم عند الضرر لأنه لم ينصب متلفا ، لكن لو اقتسم لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح .

وقوله (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما

(قوله وإذا كانت دور مشتركة) هاهنا ثلاثة فصول : الدور ، والبيوت ، والمنازل .

فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي ، والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ، والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة وإلا فلا سواء كانت في محال أو في دار و احدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها ، لأن المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ، ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه ، فلشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة ، لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد ، ولشبهها بالدور قلنا : إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة ، وهما في الفصول كلها يقولان : ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك .

وقوله (على ما مر) يعني في باب الحقوق من." (٢)

"وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره ، وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا ، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص ، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص ، لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ، إن كان يستقيم

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٤/٤٨

(٢) العناية شرح الهداية، ١٤/٥٠

لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الإفراز بالكلية دونه .
(وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لأن الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين) لأن القسمة على التفاضل جائزة **بالتراضي** .

" (١)

"(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها) قال (وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة) لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة (فإن لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما) ، لأن النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه : ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه ، وإليه أشار من بعد (وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر (وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (و لو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه) لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود **التراضي** ، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش (لأن تصرفه مقيد بالعدل)

" (٢)

"الأولى ، ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى ، وإذا كان التناقض موجودا وجب أن لا تقبل دعواه أصلا ، وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه وعجز عن إقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر .
ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو إما أن يكون يسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين ، فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه سواء كانت القسمة **بالتراضي** أو بقضاء القاضي ، لأن الاحتراز عن مثله عسر جدا ؛ وإن كان الثاني ، فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لأن الرضا منهم لم يوجد ، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد ، وإن كانت **بالتراضي** لم يذكره محمد رحمه الله .
وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنه كان يقول : لقائل أن يقول : لا تسمع هذه الدعوى لأن القسمة

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٤/٥٤

(٢) العناية شرح الهداية، ١٤/٦٦

في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه أما البيع من غير المالك فإنه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصي .

ولقائل أن يقول : تسمع هذه الدعوى لأن المعادلة شرط في القسمة ، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة ، فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها .

والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول وهو مختار المصنف رحمه الله ، وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني .." (١)

"قال صاحب النهاية رحمه الله : وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهوا ، لأن هذه المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة .

وأقول : وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظر ، فإن قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض ، فيكون تقدير كلامه : وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين .

لأبي يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة ، لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من **التراضي** ، وصار كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الإفراز ، أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح ، وأما في النصيب الآخر فلأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا ، بخلاف المعين فإن باستحقاق بعض معين يبقى الإفراز فيما وراءه ، لكنه يتخير إن شاء نقض القسمة من الأصل لأنه ما رضي بها إلا على تقدير المعادلة وقد فاتت .

ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر." (٢)

"للتهمة (ولو تهايئا في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي **وبالتراضي** فكذا المهايأة .

وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي .

وهكذا روي عنه لأنه لا يجري فيه الجبر عنده .

والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا ، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت ، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايئا فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمسامحة في

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٤/٦٨

(٢) العناية شرح الهداية، ١٤/٧٣

إطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر ، لأن الدارين عندهما كدار واحدة .

وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة .

وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا ، **وبالتراضي** لأنه بيع السكنى بالسكنى ، بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز .

وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز **بالتراضي** ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا أما يكثر التفاوت في أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتبارا بقسمة الأعيان .

وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق .

والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا ، بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته." (١)

"قال (وإذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه ، وإن كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع في الوجه الأول قد بطل ؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه من البائع .

وفي الوجه الثاني صح البيع ؛ لأنه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الأخذ منه .

قال (وإذا باع المسلم خمرا إلخ) كلامه واضح .

وروي عن محمد رحمه الله أنه قال : هذا إذا كان القضاء الاقتضاء **بالتراضي** ، فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه .." (٢)

"(وليس لأحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب) ؛ لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى) ؛ لأنه يستوفي زيادة على حقه ، إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأرض الأخرى ، وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ، ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كي لا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر ، وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما ؛ لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا ؛ لأن الحق لهما ، وبعض **التراضي** لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك .

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٤/٧٨

(٢) العناية شرح الهداية، ١٤/٢٧٩

وكذا لورثته من بعده ؛ لأنه إعارة الشرب ، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة ، والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه ، بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود إما للجهالة أو للغرر ، أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره ، وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة ، وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ، ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة .

ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى ؛ لأنه لا يملك بشيء من العقود .

ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته ،." (١)

"كما وصف التجارة **بالتراضي** ، **والتراضي** وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن .

لا يقال : هذا استدلال بمفهوم الصفة ، وهو ليس بصحيح ، إما لأن ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره ، وإما لأن عدم الصحة إنما يكون إذا لم تكن الصفة مقصودة ، وقد ذكرنا آنفا أن الوجوب انصرف إليها .

وعن الرابع بأنا لا نسلم أنه متروك الظاهر بدليل ليس بحجة ، لأن النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل ، هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله أعلم .

وقوله (ولأنه عقد تبرع) دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح .

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد بها رفع المانع ، ووجه ظاهر الرواية واضح .

وقوله (لأنه) أي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداء) لأنه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه إلى المرتهن ، وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية كما في الغصب ، فإن المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون ، وفيه نظر لأن القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ، ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع فلا ينعقد الرهن إلا بالإيجاب والقبول ، وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بأن القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع إلى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم إلى المشتري مضمونا على البائع بالثمن ، وبالتسليم إليه." (٢)

"قال : (وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح .

وقوله عليه الصلاة والسلام : ﴿ من قتل له قتيل ﴾ الحديث ، والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ، ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز **بالتراضي** .

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٤٣/١٤

(٢) العناية شرح الهداية، ٤٥١/١٤

والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره ، وإن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد ، والأصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن ، بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد .

". (١)

" زكاة سائمة يمنع وجوب الزكاة بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى سواء كان ذلك في العين بأن كان العين قائما أو في الذمة باستهلاك النصاب وإن كان زكاة الأثمان وزكاة عروض التجارة ففيها خلاف بين أصحابنا فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الجواب فيه كالجواب في السوائم ولو كان الدين خراج أرض يمنع وجوب الزكاة بقدره وهذا إذا كان خراجا يؤخذ بحق وكان تمام الحول بعد إدراك الغلة وأما إذا كان قبل إدراكها فلا وما يؤخذ بغير حق لا يمنع وجوب الزكاة ما لم يؤخذ منه قبل الحول وكذلك الأرض العشرية إذا أخرجت طعاما واستهلكه وضمن مثله دينا في الذمة وذلك قبل تمام الحول على الدراهم ثم تم الحول على الدراهم فليس عليه الزكاة هكذا في التتارخانية وكذلك المهر يمنع مؤجلا كان أو معجلا لأنه مطالب به كذا في محيط السرخسي وهو الصحيح على ظاهر المذهب وذكر البزدوي في شرح الجامع الكبير قال مشايخنا رحمهم الله تعالى في رجل عليه مهر مؤجل لامرأته وهو لا يريد أداءه لا يجعل مانعا من الزكاة لعدم المطالبة في العادة وأنه حسن أيضا هكذا في جواهر الفتاوى وأما نفقات الزوجات فما لم تصر دينا إما بفرض القاضي أو **بالتراضي** لا تمنع وتسقط إذا لم يوجد قضاء القاضي أو **التراضي** وكذا نفقة المحارم إذا فرضها القاضي في مدة قصيرة نحو ما دون الشهر وأما إذا كانت المدة طويلة فلا تصير دينا بل تسقط كذا في البدائع وهذا كله إذا كان الدين في ذمته قبل وجوب الزكاة أما إذا لحقه الدين بعد وجوب الزكاة فلم تسقط الزكاة هكذا في الجوهرة النيرة وأما الدين المعترض في خلال الحول فذكر في العيون أن عند محمد رحمه الله تعالى يمنع وجوب الزكاة وعند أبي يوسف لا يمنع كذا في محيط السرخسي رجل له عبد للتجارة وعلى العبد دين لا يجب عليه زكاة العبد بقدر الدين رجل له على رجل ألف درهم دين وكفل بها رجل بأمر المدي و ن أو بغير أمره ولكل واحد من الأصيل والكفيل ألف درهم فحال الحول على مالهما لا زكاة على واحد منهما ولو اغتصب رجل ألفا من رجل فجاء آخر واغتصب الألف من الغاصب واستهلكها ولكل واحد منهما ألف فحال الحول على مال الغاصبين كان على الغاصب الأول زكاة ألفه ولا زكاة على الغاصب الثاني كذا في فتاوى قاضي خان رجل له ألف درهم وعليه ألف درهم وله دار وخادم لغير التجارة وقيمته عشرة آلاف درهم فلا زكاة عليه لأن الدين مصروف إلى المال الذي في يده فإنه فاضل عن حاجته معد للتقلب والتصرف فكان الدين مصروفا إليه فأما الدار والخادم فمشغولتان بحاجته فلا يصرف الدين إليه ومالك الدار والخادم لا يحرم عليه أخذ الصدقة لأنه لا يزيل حاجته بل يزيد فيها وهو معنى قول الحسن البصري إن الصدقة كانت تحل للرجل وهو صاحب عشرة آلاف درهم قيل وكيف ذلك قال يكون له الدار والخادم والسلاح وكانوا ينهون عن بيع ذلك وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله تعالى إن الفقيه إذا كان يملك من الكتب ما يساوي مالا عظيما ولكنه محتاج إليها يحل

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٧٦/١٥

له أخذ الصدقة إلا أن يملك فضلا عن حاجته ما يساوي مائتي درهم هكذا في شرح المبسوط للإمام السرخسي والفاضل عن حاجته من كل تصنيف نسختان وقيل ثلاث والمختار الأول هكذا في فتح القدير وإذا سقط الدين كأن أبرأ الدائن من عليه الدين اعتبر ابتداء الحول من حين سقوطه وعند محمد رحمه الله تعالى تجب الزكاة عند تمام الحول الأول كذا في فتح القدير وهكذا في الكافي وكل دين لا مطالب له من جهة العباد كديون الله تعالى من النذور والكفارات وصدقة الفطر ووجوب الحج لا يمنع كذا في محيط السرخسي وضمان

". (١)

" الله تعالى قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي وهو الأصح هكذا في المحيط وهو الصحيح كذا في محيط السرخسي وإن كان المهر دينا موصوفا في الذمة بأن تزوجها على مكيل موصوف أو موزون موصوف أو مذروع موصوف فاختلفا في قدر الكيل والوزن والذرع فهو كالاختلاف في قدر الدراهم والدنانير وإن كان الاختلاف في جنس المسمى بأن قال الزوج تزوجتك على عبد وقالت على جارية أو قال الزوج تزوجتك على كر شعير وقالت على كر حنطة أو على ثياب هروية أو قال على ألف درهم وقالت على مائة دينار أو في نوعه كالتركي مع الرومي والدنانير الصورية مع المصرية أو في صفته كالجودة مع الرداءة فالاختلاف فيه كالاختلاف في العينين إلا الدراهم والدنانير فإن الاختلاف فيهما كالاختلاف في الألف والألفين لأن كل واحد من الجنسين والنوعين والموصوفين لا يملك إلا **بالتراضي** بخلاف الدراهم والدنانير فإنهما وإن كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل جعلا كجنس واحد لأن مهر المثل يقضى من جنس الدراهم والدنانير فجاز أن يستحق مائة دينار من غير تراض هذا إذا كان المهر دينا فأما إذا كان عينا فإن اختلفا في قدره فإن كان مما يتعلق العقد بقدره بأن تزوجها على طعام بعينه فاختلفا في قدره فقال الزوج تزوجتك على هذا الطعام بشرط أنه كر وقالت المرأة تزوجتني عليه بشرط أنه كران فهو مثل الاختلاف في الألف والألفين وإن كان مما لا يتعلق العقد بقدره بأن تزوجها على ثوب بعينه كل ذراع منه يساوي عشرة دراهم فاختلفا فقال الزوج تزوجتك على هذا الثوب بشرط أنه ثمانية أذرع فقالت إنه عشرة أذرع لا يتحالفان ولا يحكم مهر المثل والقول قول الزوج بالإجماع وإن اختلفا في جنسه وعينه كالعبد والجارية بأن قال الزوج تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذه الجارية فهو مثل الاختلاف في الألف والألفين إلا في فصل واحد وهو ما إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها بخلاف ما إذا اختلفا في الدراهم والدنانير فقال الزوج تزوجتك على مائة دينار أو أكثر فلها مائة دينار كما مر كذا في البدائع ولو أنهما تصادقا على المهر وهو عين كالعبد والعروض ونحوهما فهلك عند الزوج ثم اختلفا في قيمته فالقول قول الزوج بالإجماع كذا في شرح الطحاوي ولو قال تزوجتك على عبدي الأسود وقيمته ألف وقد مات في يدي وقالت المرأة لا بل تزوجتني على عبدك الأبيض وقيمته ألفا درهم وقد مات في يدك فإنه يحكم مهر المثل ويتحالفان إن كان مهر المثل بين الدعويين ولو تزوجها على كر بعينه فهلك فاختلفا في مقداره أو صفته أو تزوجها على ثوب بعينه

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٧٣/١

أو نقرة فضة بعينها أو إبريق فضة بعينه فهلك واختلفا في الذرعين أو الوصف أو الوزن ففي كل ما ذكرنا أن القول قول الزوج قبل الهلاك كان القول قوله أيضا بعد الهلاك كذا في المحيط ولو اختلفا في الوصف والقدر جميعا فالقول للزوج في الوصف والقول للمرأة في القدر إلى تمام مهر مثلها كذا في الظهيرية ولو قالت المرأة تزوجتني على عبدك هذا وقال الزوج تزوجتك على أمتي هذه وهي أم المرأة وأقاما البينة فالبينة بينة المرأة وتعتق الأمة على الزوج بإقراره ولو أقام الزوج البينة أنه تزوجها بألف درهم وأقامت المرأة البينة على أنه تزوجها بمائة دينار وأقام أبو المرأة وهو عبد الزوج أنه تزوجها على رقبته فالبينة بينة الأب فإن أقامت أمها وهي أمة الزوج مع ذلك أنه تزوج ابنتها على رقبتها فالبينة بينة الأب والأم ونصفهما جميعا مهر لها ويسعى الوالدان للزوج في نصف قيمتها ولو لم يكن كذلك ولكن أقامت المرأة البينة أنه تزوجها بمائة دينار وأقام الزوج البينة أنه تزوجها بألف درهم فقضى ببينة المرأة بالنكاح

---

(١) ".

" نفقة لهذه المرأة فرفعت المرأة إلى القاضي فكتب إلى عالم يرى في التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما فهل تقع الفرقة قال شيخ الإسلام نعم إذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة الصحيح أنه لا يصح قضاؤه فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأجاز قضاءه فالصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم ينبت كذا في النهاية إذا خاصمت المرأة زوجها في نفقة ما مضى من الزمان قبل أن يفرض القاضي لها النفقة وقبل أن يتراضيا عن شيء فإن القاضي لا يقضي لها نفقة ما مضى عندنا كذا في المحيط استدانت على الزوج قبل الفرض **والتراضي** فاتفقت لا ترجع بذلك على زوجها بل تكون متطوعة بالإنفاق سواء كان الزوج غائبا أو حاضرا ولو أنفقت من مالها بعد الفرض **أوالتراضي** لها أن ترجع على الزوج وكذا إذا استدانت على الزوج سواء كانت استدانتها بإذن القاضي أو بغير إذنه غير أنها إن كانت ب غ ير إذن القاضي كانت المطالبة عليها خاصة ولم يكن للغريم أن يطالب الزوج بما استدانت وإن كانت بإذن القاضي لها أن تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين هكذا في البدائع وإذا فرض القاضي لها على الزوج كل شهر كذا أو تراضيا على نفقة كل شهر فمضت أشهر ولم يعطها شيئا من النفقة وقد كانت استدانت فأنفقت أو أنفقت من مال نفسها ثم مات أو ماتت المرأة سقط ذلك كله عندنا وكذلك لو طلقها في هذا الوجه يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي هذا الذي ذكرنا إذا فرض لها القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة وأما إذا أمرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات أحدهما فلا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى في المختصر وهو الصحيح وكذلك في مسألة الطلاق يجب أن يكون الجواب هكذا في المحيط ولا ترد النفقة المعجلة ولو قائمة لموت أحدهما أو تطليقه إياها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما ا لله تعالى وعليه الفتوى هكذا في النهر الفائق وعلى هذا الكسوة هكذا في السراج الوهاج ولو أعطى النفقة للتي طلقها ثلاثة في عدة المحلل ليتزوجها بعد انقضاء العدة فلم تزوج نفسها منه قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إن أعطاه دراهم كان له أن يرجع

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣٢٠/١

إلا أن يكون على وجه الصلة وقال غيره من المشايخ إن أعطى النفقة وشرط فقال أنفق عليك على أن تتزوجيني فزوجت نفسها منه أو لم تزوج كان له أن يرجع عليها وإن لم يذكر ذلك على كل حال لأنه رشوة كذا في فتاوى قاضي خان وإذا كان حال الزوج في العسر معلوما للقاضي فالقاضي لا يحبسه هذا في المحيط وإن لم يعلم القاضي أنه معسر وسألت المرأة حبسه بالنفقة لا يحبسه القاضي في أول مرة ولكن يأمره القاضي بالإنفاق ويخبره أن يحبسه إن لم ينفق عليها فإن عادت المرأة بعد ذلك مرتين أو ثلاثة حبسه القاضي وكذا في دين آخر

---

(١) ".

" الباب الثامن في اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك لو حلف لا يشتري أو لا يبيع أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث إلا أن ينوي أن لا يأمر غيره فحينئذ شدد الأمر على نفسه بنيته أو يكون الحالف ممن لا يباشر هذه العقود بنفسه فحينئذ يحنث بالتفويض فإن كان يباشر تارة ويفوض أخرى يعتبر الغالب كذا في الكافي ولو حلف لا يبيع ولا يشتري يحنث بالفاسد قبل القبض وبالذي فيه الخيار للبائع أو للمشتري وبالبيع بطريق الفضول وبالهبة بشرط العوض عند التقابض ولا يحنث بالبيع الباطل وبيع المدبر وأم الولد والمكاتب وكذا بالإقالة بعد البيع أما لو تبايعا بلفظ الإقالة ابتداء فيحنث ولا يحنث بالرد بالعيب **بالتراضي** ولا يحنث بدون قبول المشتري كذا في العتابية من حلف لا يبيع فباع الفضولي ماله فأجاز لا يحنث إلا أن يكون ممن لا يتولى البيع بنفسه كذا في الفتاوى الصغرى ولو حلف لا يشتري فاشترى شيئا من الفضولي أو الخمر يحنث كذا في شرح تلخيص الجامع الكبير سئل أبو بكر عمن حلف أن يبيع عبده فسرق منه قال لا يحنث ما لم يستيقن بموته كذا في الخلاصة قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير إذا قال إن لم أبع هذا العبد فكذا فأعتق العبد أو دبره حنث في يمينه ولو كانت هذه المقالة للجارية وباقي المسألة بحالها فالصحيح أنه يحنث كذا في التتارخانية قال لأمته إن لم أبعك فأنت حرة فاستولدها عتقت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في الخلاصة حلف لا يبيع هذا العبد ولا يهبه قال نصير يهب ويبيع نصفه فلا يحنث سئل الشيخ الإمام الرازي رحمه الله تعالى عمن حلف ليبيعن جاريته ولا يوقت حتى ولدت منه فقال لا يحنث المولى استحسانا وسئل أبو نصر الدبوسي عمن قال لجاريته إن لم أبعك إلى شهر فأنت حرة ثم ظهر بها حبل منه قال يحل له أن يطأها بعد الشهر إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى حنث ولا يحل له أن يطأها بعد الشهر وإذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يحل له أن يطأها بعد الشهر إجماعا كذا في الحاوي رجل قال والله لأبيعن أم ولد فلان أو قال والله لأبيعن هذا الرجل الحر قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى وهو على البيع الفاسد إن باعهما بيعا فاسدا بر في يمينه كذا في فتاوى قاضي خان لو أن رجلا قال لو بعت هذا المملوك من زيد فهو حر فقال زيد قد أجزت ذلك أو رضيت ثم اشترى لم يعتق ولو قال إن اشترى زيد مني هذا العبد فهو حر قال زيد نعم ثم اشتراه عتق عليه العبد كذا في الإيضاح روى هشام عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل قال والله لا أبيعك هذا الثوب بعشرة حتى تزيدني

---

(١) الفتاوى الهندية، ٥٥١/١

فباعه بتسعة لا يحنث في القياس يحنث وفي الاستحسان يحنث وبالقياس أخذ كذا في البدائع ولو حلف لا يبيعه بعشرة إلا بأكثر أو بزيادة فباعه بأحد عشر لا يحنث ولو باعه بعشرة يحنث وكذا لو باعه بتسعة ودينار في القياس وفي الاستحسان لا يحنث ولو قال المشتري عبده حر إن اشتراه بعشرة حتى ينقصه إن اشتراه بعشرة يحنث وإن اشتراه بأحد عشر يحنث أيضا وإن اشتراه بتسعة لم يحنث وإن اشتراه بتسعة ودينار لم يحنث قيل هذا جواب القياس أما على جواب الاستحسان فيحنث ولو قال عبده حر إن اشتراه بعشرة إلا بالأقل أو بالأنقص فاشتراه بعشرة أو بأكثر يحنث وإن اشتراه بتسعة ودينار أو بتسعة وثوب فالقياس أن لا يحنث وفي الاستحسان يحنث ولو قال البائع لا أبيعك بعشرة حتى تزيدني فباعه بتسعة ودينار قيمته خمسة لا يحنث كذا في شرح الجامع الكبير للحصيري في باب الحنث في اليمين في التساوم في الزيادة والنقصان رجل حلف أن لا يبيع داره فأعطاها امرأته في صداقها حنث قال

" (١).

" رجالهم إلا السيف أو الإسلام فإن أبوا أن يسلموا قتلوا وقسم نساءهم وذراريهم ويجبرون على الإسلام وقسمت الأموال والأراضي بين الغانمين أيضا ويوضع على الأراضي العشر وإن رأى الإمام أن يقتل الرجال ويقسم النساء والذراري بين الغانمين دون الأراضي ورأى ذلك خيرا للمسلمين فعل ذلك فإن رأى بعد ذلك أن ينقل إلى الأراضي قوما من أهل الذمة ليؤدوا الخراج عن أنفسهم وعن الأراضي فعل ذلك فإذا فعل ذلك صارت الأراضي مملوكة لهم يتوارثونها ويؤدون الخراج عنها فقد ذكر ههنا نقل أهل الذمة لأنه لا يلحقهم الغيظ بقتل المرتدين ولا كذلك ما تقدم فإن أسلم المرتدون بعد ما ظهر عليهم الإمام كانوا أحرارا لا سبيل عليهم وأما نساؤهم وذراريهم وأموالهم فالإمام فيها بالخيار إن شاء قسمها بين الغانمين وجعل على الأراضي العشر وإن شاء من عليهم بالنساء والذراري والأموال والأراضي ووضع على أراضيهم الخراج إن شاء وإن شاء وضع عليها العشر وإن رأى الإمام أن يجعل ما كان من أراضيهم عشريا على حاله وما كان خراجيا على حاله فله ذلك وإذا أراد الإمام أن يجعل أهل الحرب والناقضين العهد أهل ذمة يؤدون الخراج وقد أصاب منهم مالا في الحرب قبل أن يظهر عليهم فإنه لا يرد عليهم ذلك ولا يفعل ذلك إلا بعذر والعذر أن لا يقدروا على عمارة الأراضي وزراعتها إلا بذلك المال فأما ما بقي في أيديهم فإن احتاجوا إليها لعمارة الأراضي وزراعتها لم يأخذ الإمام منهم وإن استغنوا عنها فإن شاء أخذ منهم وقسمها بين الغانمين ولكن الأولى أن يتركها في أيديهم تأليفا لهم حتى يقفوا على محاسن الإسلام فيسلموا وكذلك ما أخذ من نسائهم وذراريهم قبل الظهور عليهم لا يرد وما بقي في أيديهم بعد الظهور عليهم لا يؤخذ منهم وإذا فتح الإمام بلدة من بلاد أهل الحرب وقسمها وأهلها بين الغانمين ثم أراد أن يمن عليهم برقابهم وأراضيهم فليس له ذلك كذلك إذا من بها عليهم ثم أراد القسمة ليس له ذلك كذا في المحيط الإمام بالخيار في الأسرى إن شاء قتلهم وإن شاء استرقهم إلا مشركي العرب والمرتدين وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين إلا مشركي العرب والمرتدين وليس فيمن أسلم منهم إلا الاسترقاق كذا في التبيين ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب ولا تجوز مفاداة

---

(١) الفتاوى الهندية، ١١٣/٢

أساراهم بأسارانا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في الكافي وهكذا في المتون والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في الزاد قال محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير لا بأس بأن يفادي أسراء المسلمين بأسراء الكافرين الذين في أيدي المسلمين من الرجال والنساء هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في المحيط وبها قال العامة هكذا في النهر الفائق ثم في المفاداة يشترط رضا أهل العسكر لأن فيه إبطال حقهم عن العين ولو أ بى أهل العسكر ذلك فيما عدا الرجال ليس للأمير أن يفاديهم وفي الرجال إن كان قبل القسمة فله أن يفاديهم وبعد القسمة ليس له ذلك إلا برضاهم وإذا جاء رسول ملكهم يطلب المفاداة بالأسارى في مكان فأخذوا على المسلمين عهدا بأن يؤمنوهم على ما يأتوا به من الأسارى حتى يفرغوا من أمر الفداء وإن لم يتفق رجعوا بمن معهم من أسراء المسلمين فإنه ينبغي أن يوفوا بعهدهم وأن يفادوهم كما شرطوا لهم شرطوا مالا أو غير ذلك إلا أنهم إن لم يتفق بينهم **التراضي** بالمفاداة وأرادوا الانصراف بأسراء المسلمين وللمسلمين عليهم قوة فإنه لا يسعهم أن يدعوهم حتى يرد الأسراء إلى بلادهم ويحق عليهم ترك الوفاء بهذا الشرط ونزع الأسراء من أيديهم من غير أن يتعرضوا لهم بشيء سوى ذلك كذا في المحيط أما المفاداة بمال نأخذه من أهل الحرب فلم تجز في المشهور من المذهب ولو أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في

". (١)

" كتاب البيوع وفيه عشرون بابا الباب الأول في تعريف البيع وركنه وشرطه وحكمه وأنواعه أما تعريفه فمبادلة المال بالمال **بالتراضي** كذا في الكافي وأما ركنه فنوعان أحدهما الإيجاب والقبول والثاني التعاطي وهو الأخذ والإعطاء كذا في محيط السرخسي وأما شرطه فأنواع أربعة شرط الانعقاد وشرط النفاذ وشرط الصحة وشرط اللزوم أما شرائط الانعقاد فأنواع منها في العاقد وهو أن يكون عاقلا مميزا كذا في الكافي والنهاية فيصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره كذا في فتح القدير وأن يكون متعددا فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين كذا في البدائع إلا الأب ووصيه والقاضي إذا باعوا أموالهم من الصغير أو اشتروا منه ويشترط في الوصي أن يكون فيه نفع ظاهر لليتيم وإلا لرسول من الجانبين هكذا في البحر الرائق وإلا العبد يشتري نفسه من مولاه بأمره كذا في العيني شرح الهداية ومنها في العقد وهو موافقة القبول للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لم ينعقد إلا فيما إذا كان الإيجاب من المشتري فقبل البائع بأنقص من الثمن أو كان من البائع فقبل المشتري بأزيد انعقد فإن قبل البائع الزيادة في المجلس جازت كذا في البحر الرائق ومنها في البدلين وهو قيام المالية حتى لا ينعقد متى عدمت المالية هكذا في محيط السرخسي ومنها في المبيع وهو أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج والحمل كذا في البدائع وأن يكون مملوكا في نفسه وأن يكون ملك البائع

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٠٦/٢

". (١)

" وإن وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما إذا قال اشتريت هذه الجارية بما في هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار ويسمى هذا خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود كذا في فتاوى قاضي خان وإذا اشترى شيئا برقمه ولم يعلم المشتري رقمه فالعقد فاسد فإن علم بعد ذلك إن علم في المجلس جاز العقد وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يقول وإن علم بالرقم في المجلس لا ينقلب جائزا ولكن إن كان البائع دائما على ذلك الرضا ورضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء **بالتراضي** كذا في الذخيرة وإن تفرقا قبل العلم بطل وكذا لو باع بما باع فلان والبائع يعلم والمشتري لا يعلم إن علم المشتري في المجلس صح وإلا بطل كذا في الخلاصة رجل باع ثوبا برقمه ثم إن البائع باعه من آخر قبل أن يبين الثمن جاز بيعه من الثاني ولو أن البائع أ خبر الأول بالثمن فلم يجزه حتى باعه البائع من آخر لم يجز بيعه من الثاني ولو استهلكه قبل العلم بالثمن كان عليه القيمة والرقم بسكون القاف علامة يعلم بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن كذا في الظهيرية وفي الأصل إذا قال أخذت هذا منك بمثل ما يبيع الناس فهو فاسد ولو قال بمثل ما أخذ به فلان من الثمن فإن علما مقدار ذلك وقت العقد فالبيع جائز وإن لم يعلما فالعقد فاسد فإن علما بعد ذلك إن علما وهما في المجلس ينقلب العقد جائزا ويتخير المشتري لأن ما يلزم المشتري من الثمن إنما ظهر في الحال وهذا يسمى خيار تكشف الحال كذا في الذخيرة وفي شرح الشافي لو باع بمثل ما باع فلان إن كان شيئا لا يتفاوت كالخبز واللحم يجوز ولو اشترى عدل زطي بقيمته أو بحكمه لم يجز للجهالة كذا في الخلاصة ولو باع شيئا بربح ده يازده ولم يعلم ما اشترى به فالبيع فاسد حتى يعلم المشتري فيختار أو يدع وهو رواية ابـن رستم عن محمد رحمه الله تعالى فإذا علم ورضي به جاز البيع وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أن البيع فاسد ومعناه أنه موقوف على الإجازة ولو قبض وأعتقه أو باعه قبل العلم أو مات المشتري فالعتق والبيع جائزان وعليه القيمة ولو كان عتق عليه بحكم القرابة ولم يكن علم بالثمن حتى قبضه فعليه القيمة كذا في المحيط وفسد بيع عشرة أذرع من دار أو حمام عند الإمام وقالا يجوز إذا كانت الدار مائة ولا فرق عنده بين أن يقول من مائة أو لا في الأصح كذا في النهر الفائق واختلف المشايخ على قولهما فيما إذا لم يسم جملتها والصحيح الجواز كذا في البحر الرائق قال شيخ الإسلام وأجمعوا على أنه لو باع سهما من عشرة أسهم من هذه الدار أنه يجوز ولو قال ذراعا من هذه الدار إن عين موضعه بأن قال من هذا الجانب إلا أنه لم يميزه بعد فالعقد منعقد غير نافذ حتى لا يجبر البائع على التسليم وإن لم يعين موضع الذراع فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز أصلا وعلى قولهما يجوز وتذرع الدار فإن كانت عشرة أذرع صار شريكا بمقدار عشر الدار وذكر شمس الأئمة الحلواني أن على قولهما اختلف المشايخ الأصح أنه يجوز عندهما وإذا باع سهما من الدار ولم يعين موضعه ذكر شمس الأئمة الحلواني أنه لا يجوز ولو قال بعتك ذراعا من هذا الثوب ولم يعين موضعه أو قال من هذه الخشبة ولم يعين موضعه ذكر بعض مشايخنا أنه على

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣/٢

الخلاف الذي ذكرنا في مسألة الدار وذكر بعضهم أنه لا يجوز بالإجماع كذا في المحيط اشترى ذراعا من خشبة أو ثوب من جانب معلوم لا يجوز ولو قطعه وسلمه لم يجز أيضا إلا أن يقبله وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه جائز وعن محمد رحمه الله تعالى أنه فاسد ولكن لو قطع وسلم فليس للمشتري أن يمنع من أخذه كذا في القنية رجل قال بعت منك نصيبي من هذه الدار بكذا جاز إذا علم المشتري بنصيبه من

". (١)

" مثل رأس المال هل يصير رأس المال قصاصا بذلك الدين أم لا فهذا لا يخلو إما أن وجب دين آخر بالعقد وإما أن وجب بالقبض فإن وجب بالعقد فإما إن وجب بعقد متقدم على عقد السلم وإما وجب بعقد متأخر عنه فإن وجب بعقد متقدم على السلم بأن كان رب السلم باع من المسلم إليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى أسلم إليه عشرة دراهم في حنطة فإن جعل الدينين قصاصا أو تراضيا بالمقاصة يصير قصاصا وإن أبى أحدهما لا يصير قصاصا وهذا استحسان وإن وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصا وإن جعلاه قصاصا هذا إذا وجب الدين بالعقد فأما إذا وجب بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصا سواء جعلاه قصاصا أم لا بعد أن كان وجوب الدين الآخر متأخرا عن العقد هذا إن تساوى الدينان فأما إذا تفاضلا بأن كان أحدهما أفضل والآخر أدون فرضي أحدهما بالنقصان وأبى الآخر فإنه ينظر إن أبى صاحب الأفضل لا يصير قصاصا وإن أبى صاحب الأدون يصير قصاصا كذا في البدائع قال محمد رحمه الله تعالى في الزيادات رجل أسلم إلى رجل مائة درهم في كر حنطة وسط إلى أجل معلوم ودفع إليه رأس المال ثم إن رب السلم من المسلم إليه عبدا بكر حنطة وسط مثل المسلم فيه وقبض الكر ولم يسلم العبد إليه حتى انتقض العقد بموت العبد أو بالرد بخيار الشرط أو بالرؤية أو بالرد بالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء أو بعد القبض بقضاء حتى انفسخ العقد من كل وجه في حق الناس كافة كان على رب السلم أن يرد الكر الذي هو ثمن العبد حكما لانفساخ العقد في العبد فإن قال بائع العبد وهو رب السلم أنا أمسك الكر المقبوض وأرد مثله كان له ذلك فإن لم يرد رب السلم الكر الذي هو ثمن حتى حل السلم صار قصاصا بكر السلم تقاصا أو لم يتقاصا وكذلك لو كان عقد البيع بينهما قبل السلم ولكن قبض الكر الذي هو ثمن كان بعد السلم ثم انفسخ البيع بينهما بالأسباب التي ذكرنا صار الكر الذي هو ثمن قصاصا بالسلم عند حلول الأجل ولو كان مشتري العبد وهو المسلم إليه رد العبد بعد القبض بالتراضي أو تقايلا العقد في العبد وباقي المسألة بحالها فإن الكر الذي هو ثمن لا يصير قصاصا بالسلم في الفصلين تقاصا أم لم يتقاصا ولو كان عقد البيع وقبض الكر قبل عقد السلم وباقي المسألة بحالها فإن الكر الذي هو ثمن العبد لا يصير قصاصا بكر السلم وإن تقاصا كذا في المحيط ولو وجب على رب السلم دين بقبض مضمون نحو أن يغصب منه أو يستقرض بعد السلم يصير قصاصا ولو كان غصب منه كر قبل العقد وهو قائم في يده حتى حل السلم فجعله قصاصا صار قصاصا سواء كان بحضرتهما أم لم يكن ولو كان الكر وديعة عند رب السلم قبل العقد أو بعده فجعله المسلم إليه

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٢٧/٣

قصاصا لم يكن قصاصا إلا أن يكون الكر بحضرتهما أو يرجع رب السلم فيخلي به ولو غصب منه كرا بعد العقد قبل حلول السلم ثم حل صار قصاصا ولو كان ا لغصب واقعا قبل العقد فلا بد من أن يجعله قصاصا

." (١)

" في الذخيرة ولو أبرأ أحد المتصارفين صاحبه أو وهبه منه فقبل انتقض الصرف وإن لم يقبل لم ينفسخ ولو وهب فلم يقبل وأبى الواهب أن يأخذ الموهوب أجبر على القبض كذا في محيط السرخسي في المنتقى رجل باع من آخر قلب فضة وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم فدفع القلب ولم يقبض الدراهم حتى وهب مشتري القلب القلب منه ينظر إن دفع مشتري القلب ثمن القلب قبل أن يتفرقا صح البيع وجازت الهبة وإن تفرقا قبل أن يدفع ثمنه انتقض البيع وبطلت الهبة ورجع القلب إلى بائعه وصار ذلك مناقضة وفي نوادر ابن سماعة رجل اشترى من آخر دينارا بعشرين درهما وقبض الدينار ولم يدفع الدراهم حتى وهب الدينار لبائعه ثم فارقه قبل أن يدفع إليه الدراهم قال الهبة في الدينار جائزة ولبائع الدينار على مشتريه دينار مثله كذا في المحيط اشترى دينارا وله على بائع الدينار عشرة دراهم فجعلاه قصاصا جاز استحسانا كذا في محيط السرخسي ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة كذا في الهداية وإن حدث الدين بعد الصرف فإن لم يتقاصا لم تقع المقاصة وإن تقاصا لا تصح في رواية وفي رواية تصح وهو الأصح كذا في الكافي الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رجل له على آخر ألف درهم فاشترى منه مائة دينار بألف درهم ثم تقاصا بما عليه قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن تقاصا قبل أن يتفرقا جاز وإن تفرقا قبل أن يتقاصا بطل وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في المحيط في فصل المتفرقات وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى **التراضي** لأنه قد وجد منه القبض كذا في البحر الرائق ومما يتصل بمسائل المقاصة وإن لم يكن من هذا الباب ما ذكر في المنتقى وصورتها رجل له عند رجل وديعة وللمودع على صاحب الوديعة دين هو من جنس الوديعة لم تصر الو د يعة قصاصا بدين قبل أن يجتمعا عليه وبعدما اجتمعا عليه لا تصير قصاصا أيضا ما لم يرجع إلى أهله فيأخذها وإن كانت في يده فاجتمعا على جعلها قصاصا لا يحتاج إلى شيء غير ذلك ومتى صار دينا صار قصاصا به وحكم المغصوب إذا كان المغصوب قائما في يد رب الدين وحكم الوديعة سواء وحكم الدينين إذا كانا مؤجلين أنه لا تقع المقاصة بينهما إذا لم يتقاصا وكذا إذا كان أحدهما مؤجلا والأخر حالا أو كان أحدهما غلة والأخر صحيحا كذا في الذخيرة الفصل الثاني في المرابحة في الصرف إذا اشترى ذهبا بعشرة دراهم فباعه بربح درهم جاز كذا في الحاوي وإذا باع قلب فضة وزنه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم باعه بربح درهم أو بربح نصف دينار جاز أما إذا باعه بربح نصف دينار فلأنه يصير بائعا قلب فضة وزنه عشرة دراهم بدينار ونصف دينار لأن الجنس

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٨٩/٣

". (١)

" مثله وكذلك الجواب فيما إذا كان مكان الدينار مائة فلس كذا في المحيط في فصل المتفرقات وأما خيار الرد بالعيب فإنه يثبت لمن يجد عيبا فيما صار له بعقد الصرف كذا في الحاوي وإذا باع دينارا بعشرة دراهم أو مصوغا من الذهب وتقابضا ثم إن قابض الدراهم وجدها زيوفا أو نبهرجة فله أن يردها فإن ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إذا استبدلها في مجلس الرد جاز وإن استبدلها قبل الافتراق جاز إجماعا وإن وجد البعض زيوفا إن كان يسيرا لا يبطل العقد استحسانا كذا في السراج الوهاج وإن وجدها ستوقة وكان ذلك في مجلس العقد ليس له أن يتجوز بها فإن ردها وقبض الجياد في المجلس جاز وجعل كأنه أخر القبض إلى آخر المجلس كذا في المحيط وكذلك لو علم ذلك وقت القبض وقبضها لا يجوز وله أن يردها ويأخذ الدراهم الجياد ولو علم أنها ستوقة أو رصاص وقت العقد فإنه ينظر إن علم بالبيان والتسمية نحو أن يقول اشتريت منك هذه الدنانير بهذه الدراهم الستوقة والرصاص فالبيع جائز ويتعلق العقد بعينها وإن لم يسم أنها ستوقة أو رصاص لكنه قال اشتريت منك هذه الدنانير بهذه الدراهم وأشار إلى الستوقة والرصاص فإن كانا يعلمان أنها ستوقة أو رصاص ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم فإن العقد يتعلق بها بعينها وإن كانا لا يعلمان ذلك أو يعلم أحدهما ولا يعلم الآخر أو يعلمان جميعا ولا يعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم ذلك فالعقد لا يتعلق بها بعينها ولكن يتعلق العقد بذلك القدر من الدراهم الجياد كذا في شرح الطحاوي وأما إذا وجدها أو بعضها ستوقة وكان ذلك بعد الافتراق بأبدانهما إن وجد الكل ستوقة بطل الصرف كله وإن وجد البعض ستوقة بطل الصرف بقدره تجوز به أو رده واستبدل مكانه آخر أو لم يستبدل كذا في المحيط ولو وجد الدراهم ستوقة بعد الافت راق وقد هلكت في يد المشتري فعليه قيمتها والصرف باطل ويرجع الدنانير كذا في التتارخانية ناقلا عن التجريد هذا كله إذا كان بدل الدينار دراهم لا تتعين للعقد وأما إذا كان بدله مما يتعين العقد نحو أن يشتري قلب فضة بدينار أو إناء فضة أو تبرا من فضة بدينار فتقابضا ثم وجد المصوغ أو التبر معيبا فإن رضي بتعينه جاز وإن لم يرض ورده بطل العقد سواء كان قبل الافتراق أو بعده وقابض الدينار بالخيار إن شاء رد عين المقبوض وإن شاء رد مثله إلا إذا ظهر فساد العقد من الأصل نحو أن يستحق المبيع أو وجده بخلاف جنس ما سماه فلما فسد العقد استرد منه عين الدينار إذا كان قائما ومثله إذا كان هالكا كذا في شرح الطحاوي اشترى سيفا محلى بدراهم فوجد في شيء منه عيبا يرد الكل دون البعض لأنه شيء واحد والعيب في البعض يؤثر في الكل فإن رد الكل بغير قضاء ثم افترقا قبل القبض بطل الرد لأن الرد **بالتراضي** بيع ج د يد في حق ثالث والقبض في الصرف وجب حقا للشرع وهو ثالث فكان افتراقا

". (٢)

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٣٠/٣

(٢) الفتاوى الهندية، ٢٣٧/٣

" نصف عبده الأمة وكذلك لو قال نصف درهم وهذا الدينار كذا في محيط السرخسي وفي الجامع الصغير رجل مات وترك عبدا فقال العبد للوارث أعتقني أبوك وقال رجل آخر لي على أبيك ألف درهم دين فقال الوارث صدقتما فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الدين أولى وسعى العبد في قيمته وقالا لا سعاية عليه كذا في المحيط قال محمد رحمه الله تعالى رجل له غلام ولآخر جارية فشهد كل واحد منهما على صاحبه أنه أعتق مملوكه وكذبه صاحبه ثم إن كل واحد منهما اشترى مملوك صاحبه بمملوكه جاز الشراء وعتق كل واحد منهما على من اشتراه قبض ويضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة ما اشتراه فإن كانت قيمتها على السواء وقعت المقاصة ولم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وإن كانت قيمة أحدهما أكثر يرجع على صاحبه بالفضل وكذلك لو شهد كل واحد منهما على صاحبه قبل البيع أنه دبر مملوكه يتعلق عتق كل واحد منهما بموت بائعه لا يموت المشتري ويتوقف الولاء ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه أن المملوك الذي في يده لفلان وهو رجل معروف وكذب كل منهما صاحبه ثم اشترى كل واحد منهما مملوك صاحبه بمملوكه فالبيع جائز ويرد كل واحد منهما ما اشتراه إلى المقر له وهذا إذا صدقه المقر له وأما إذا كذبه فلا يؤمر بالتسليم ولا يضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة ما اشترى ولا يرجع أحدهما على صاحبه بقيمة ما باعه ولو شهد أحدهما على صاحبه أنه دبر مملوكه وشهد الآخر عليه أن الذي في يده ملك فلان وفلان يدعيه وكذب كل واحد منهما صاحبه ثم تبايعا فالمقر به من مشتريه والذي أقر بالتدبير يصير ما اشتراه مدبرا موقوف الولاء والبيع جائز بينهما ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه أنه كاتب مملوكه ثم تبايعا وارتفعا إلى القاضي فإن أنكر المملوكان الكتابة بقيا مرقوقين وحكم بجواز البيع مطلقا وإن ادعيا الكتابة فإن القاضي يس أ ل الغلامين البينة على الكتابة فلو أقام كل واحد منهما البينة يقضي بكتابته ويفسخ البيع وإن لم تكن لهما بينة حلف كل واحد من البائعين للعبد الذي باعه بالله ما كاتبه فإن حلف جاز البيع وكان كل واحد منهما عبدا للذي اشتراه وإن نكلا يقضي بكتابة كل واحد منهما ويفسخ البيع ولو شهد أحدهما على صاحبه بالتدبير وشهد الآخر عليه بالكتابة ثم تبايعا فالذي شهد بالتدبير يصير الذي اشتراه مدبرا من ماله ويعتق بموت بائعه بإقراره وولاؤه موقوف والذي شهد بالكتابة فما اشتراه يكون مملوكا عند فسخ الكتابة يحلف البائع إذا لم تكن له بينة ولا يرجع أحدهما على صاحبه بالبيع في فساد أو غير فساد والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب كتاب الصلح وهو مشتمل على أحد وعشرين بابا الباب الأول في تفسيره شرعا وركنه وحكمه وشرائطه وأنواعه أما تفسيره شرعا فهو أنه عقد وضع لرفع المنازعة **بالتراضي** هكذا في النه ا ية وأما ركنه فالإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين كذا في شرح الهداية فإذا وقعت الدعوى فيما يتعين بالتعيين فقال المدعى عليه للمدعي صلح كي أزين مدعى با من بدرهم كه بتوميدهم فقال المدعي فعلت لا يتم الصلح ما لم

". (١)

(١) الفتاوى الهندية، ٢٢٨/٤

" لا يزيد بهذا في ثمنه وإن قطعه مصحفا وكتبه لا يرجع لأن كتابة المصحف تزيد في الثمن وإن كانت دفاتر ثم كتب فيها فقها أو حديثا أو شعرا إن كان يزيد في ثمنه لا يرجع وإن كان نقص يرجع كذا في محيط السرخسي وهب له مرآة فصقلها فله الرجوع كذا في القنية ولو حدد السكين لا يرجع كذا في الوجيز للكردري وهكذا في المحيط ولو وهب له سيفا فجعله سكينا أو كسره وجعل منه سيفا آخر لم يرجع فيه كذا في المحيط ولو وهب لرجل أجذاعا فكسرها الموهوب له وجعلها حطبا أو وهب له لبنا فجعله طينا فله أن يرجع فيها وإن أعاده لبنا لم يرجع فيه كذا في الظهيرية ولو وهب له ترابا فبله بالماء لا يرجع كذا في محيط السرخسي ولو وهب له سويقا فلته بالماء فله الرجوع كما إذا وهب له حنطة فبلها بالماء كذا في الجوهرة النيرة ولو وهب بختجا فجعله خلا لم يرجع والبختج المطبوخ من ماء العنب الذي ذهب ثلثاه وبقي ثلثه ثم يصب عليه من الماء مقدار ما ذهب منه ثم يطبخ أدنى طبخة ثم يترك حتى يشتد ويقذف بالزبد وهو معرب وأصله بخته كذا في خزانة المفتين رجل وهب شاة أوبدنة أو بقرة فأوجبها الموهوب له لأضحية أو هدي أو جزاء صيد أو نذر أو قلد البدنة أو البقرة أو أوجبها تطوعا فللواهب أن يرجع في الروايات الظاهرة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يرجع كذا في محيط السرخسي ولو وهب له شاة فذبحها فله أن يرجع فيها وهذا بلا خلاف ولو ضحى بها أو ذبحها في هدي المتعة لم يكن له أن يرجع فيها في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى يرجع فيها وتجزيه الأضحية والمتعة ولم ينص على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه قال بعضهم إنه كقول محمد رحمه الله تعالى وهو الصحيح كذا في المحيط ولو وهب درهما ثم استقرضه من الموهوب له فأقرضه إياه جاز وليس للواهب أن يرجع أبدا كذا في خزانة الم فتين رجل وهب لرجل درهما فقبضه الموهوب له وجعله صدقة لله تعالى فللواهب أن يرجع فيه ما لم يقبضه المتصدق عليه كذا في المبسوط رجل وهب دينا له عليه لم يرجع وهب له ثمرة في نخل وأمره بالقبض فقبض كان له الرجوع كذا في السراجية رجل وهب شجرة وأذن له بقطعها فقطعها وأنفق في القطع كان للواهب أن يرجع فيه ولو وهب شجرة بأصلها فقطعها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها وفي مكانها من الأرض هو الصحيح فلو أنه جعل الشجرة أبوابا أو جذوعا لا يرجع الواهب فيه وروي أنه يرجع في الجذوع كما إذا جعلها حطبا فإنه يرجع في الحطب كذا في فتاوى قاضي خان إذا وهب الرجل عبده من رجل ثم إن الموهوب له وهب ذلك العبد من رجل آخر بعدما قبضه وقبضه الموهوب له الثاني لا يكون للواهب الأول سبيل لا على الواهب الثاني ولا على الموهوب له الثاني ولكن يرجع الواهب الثاني في هبته إن شاء ثم يرجع الواهب الأول على الواهب الثاني كذا في الذخيرة ولو وصل إلى الواهب الثاني بهبة أو صدقة أو إرث أو وصية أو شراء أو ما أشبه ذلك لم يكن للواهب الأول أن يرجع فيه كذا في المحيط لو باع الموهوب له الموهوب من آخر فرده المشتري بعيب ليس للواهب أن يرجع كذا في شرح مجمع البحرين وفي السغناقي ولو وهب ما غصب أو باع أو تصدق أو آجر أو رهن أو أودع أو أعار فهلك ضمنوا قيمته ولا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه بما ضمنوا على الغاصب ويرجع المستأجر والمودع والمرتهن بالقيمة عليه ويرجع المشتري بالثمن عليه ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب كذا في التتارخانية لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع **بالتراضي** فمسائل أصحابنا

تدل على أنه فسخ أيضا كالرجوع بالقضاء فإنهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذا لا تتوقف صحته على القبض ولو كان هب ة مبتدأة توقفت صحته على القبض وكذا لو وهب لإنسان شيئا ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له الرجوع فهذه تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ فإذا انفسخ بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملكه ويملكه الواهب

(١) ".

" وإن لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود ملك قديم والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك لا يضمن ولو لم يتراضيا على الرجوع ولم يقض القاضي به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع **بالتراضي** أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه كذا في البدائع ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ويجوز تصرف الموهوب له في الهبة ما لم يحكم القاضي بنقضها فإذا حكم فلا يجوز تصرفه وكذلك قول محمد وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى كذا في المحيط وإن مات في يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعدما قضى القاضي به لم يكن للواهب أن يضمنه إلا أن يكون منعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب ولو لم يرد الهبة بعد الرجوع ولم يحكم به الحاكم حتى وهب الموهوب له الهبة من الواهب وقبضه الواهب فهو بمنزلة رده أو رد الحاكم كذا في الذخيرة وإذا قضى القاضي بإبطال الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع كذا في المحيط إذا وهب من الفقير شيئا لا يملك الرجوع وقيل هذا إذا نوى الصدقة كذا في السراجية وهب شيئا لرجل ثم قال الواهب أسقطت حقي في الرجوع لا يسقط حقه كذا في جواهر الأخلاطي ولو صالحه من حق الرجوع على شيء فإنه يصح ويكون عوضا عن الهبة ويسقط حق الرجوع كذا في جواهر الفتاوى رجل وضع حبلا في المسجد أو علق قنديلا له الرجوع بخلاف ما إذا علق حبلا للقنديل كذا في السراجية ويستوي في الهبة حكم الرجوع إن كان الموهوب له مسلما أو كافرا كذا في المبسوط سئل عن رجل دفع خمسة دنانير إلى أم بنته الصغيرة وقال اجعلي لها جهازا ثم أراد الأب أن يرجع وأخذ تلك الدنانير قال ليس له ذلك لأنه هبة للصغيرة وقال غيره من الفقهاء له ذلك لأنه توكيل كما إذا قال اشتري لها جهازا كذا في فتاوى أبي الفتح محمد بن محمود بن الحسين الأسروشني والله أعلم الباب السادس في الهبة للصغير ولو وهب رجل شيئا لأولاده في الصحة وأراد تفضيل البعض على البعض في ذلك لا رواية لهذا في الأصل عن أصحابنا وروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا بأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين وإن كانا سواء يكره وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا بأس به إذا لم يقصد به الإضرار وإن قصد به الإضرار سوى بينهم يعطي الابنة مثل ما يعطي للابن وعليه الفتوى هكذا في فتاوى قاضي خان وهو المختار كذا في الظهيرية رجل وهب في صحته كل المال للولد جاز في القضاء ويكون آثما فيما صنع كذا في فتاوى قاضي خان وإن كان في ولده فاسق لا ينبغي أن يعطيه أكثر من قوته كي لا يصير معينا له في المعصية كذا

(١) الفتاوى الهندية، ٤/٣٩٠

في خزانة المفتين ولو كان ولده فاسقا وأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه كذا في الخل ا صة ولو كان الولد مشتغلا بالعلم لا بالكسب فلا بأس بأن يفضله على غيره كذا في الملتقط وهبة الأب لطفله تتم بالعقد ولا فرق في ذلك بينما إذا كان في يده أو في يد مودعه بخلاف ما إذا كان في يد الغاصب أو في يد المرتهن أو في يد المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه وكذا لو وهبته أمه وهو في يدها والأب ميت وليس له وصي وكذا كل من يعوله كذا في التبيين وهكذا في الكافي وإذا أرسل غلامه في حاجة ثم وهبه لابنه الصغير صحت الهبة فلو لم يرجع العبد حتى مات الوالد فالعبد للولد ولا يصير ميراثا عن الوالد كذا في الذخيرة إذا وهب الآبق إلى دار الحرب لابنه الصغير لا يجوز ولو كان في دار الإسلام يجوز ويصير قابضا كذا في الصغرى ولو باعه بيعا فاسدا وسلمه إليه أو باعه بشرط الخيار للمشتري ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز كذا في المبسوط والصدقة في هذا كالهبة كذا في الكافي وصي اليتيم إذا وهب عبده للصغير وللصغير عليه دين صحت الهبة ويسقط دينه فإن أراد الواهب أن يرجع في هبته كان له ذلك في ظاهر الرواية كذا في فتاوى قاضي خان الأب إذا وهب عبدا لابنه الصغير ثم مات العبد ثم استحق رجل العبد وضمن

".(١)

" نصف الطريق فإنه لا يرد الأجر كله على المستأجر إن لم يكن حمل شيئا وإن سار نصف الطريق يرد عليه نصف الأجر وذلك خمسة دراهم وهذا إنما يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله الأول وهو قول محمد رحمه الله وأما على قوله الآخر الصرف لم يصح ولم تقع المقاصة ولم يصر المستأجر موفيا الأجرة فإن مات الحمال قبل أن يحمل شيئا كان على ورثة الحمال رد الدينار على المستأجر لأن الحمال قبضه بحكم صرف فاسد ولا شيء لورثة الحمال من الأجر وإن مات في نصف الطريق فإن ورثة الحمال ترد الدينار على المستأجر ولورثة الحمال على المستأجر نصف الأجر هكذا في المحيط ولو آجر داره من رجل فامي سنة بدراهم معلومة ثم استقرض رجل من رب الدار أجر شهرين فأمر الفامي أن يعطيه ذلك فكان الرجل يشتري به من الفامي الدقيق والزيت وغير ذلك حتى استوفى أجر الشهرين فهو جائز وليس للفامي على المستقرض شيء ولكنه قرض لرب الدار على الم ستقرض بمنزلة ما لو قبض بنفسه ثم أقرضه منه كذا في المبسوط ولو اشترى المستقرض من الفامي بالأجرة دينارا فإنه يجوز إذا اشترى الدينار بعد وجوب الأجر بأن مضت المدة أو شرط التعجيل عندهم جميعا وإن لم يكن وجب الأجر بأن كان قبل مضي المدة واشتراط التعجيل فعلى قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالى يجوز وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر لا يجوز ولو كان للفامي على الرجل المستقرض دينار وأجرة البيت عشرة دراهم كل شهر فمضى شهر فأمر رب البيت الفامي أن يدفع أجر هذين الشهرين إلى هذا الرجل قرضا عليه ورضي الرجل بذلك فهو جائز فإن قاصه بالدينار الذي له عليه وأخذ بالفضل حوائجه قال فهو جائز لأن المقاصة في الجنس المختلف إنما لا تجوز إذا لم يوجد **التراضي** على المقاصة فأما

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣٩١/٤

إذا وجد يجوز إلا أنه يكون صرفا ثم يجوز هذا الصرف بحصة ما وجب من أجر الشهر عندهم جميعا فأما بحصة ما لم يجب من الأجر وهو الشهر الثاني يجب أن تكون المسألة على الخلاف يجوز عند محمد وهو قول أبي يوسف الأول ولا يجوز في قول أبي يوسف الآخر كما لو باشر المقرض الصرف بأجر لم يجب بعد وهو الشهر الثاني ثم قال وليس هذا الصرف فيما بين رب البيت والمستقرض لكنه صرف فيما بين المستقرض والفامي هكذا في المحيط ولو كان رب البيت أقرض الدراهم على أن يرد عليه دينارا بعشرة دراهم لم يجز وإن أحاله على هذا الوجه بالدراهم فقاصه بالدينار فإنما للمقرض على المستقرض عشرون درهما وإن كان أقرضه أجر الشهرين قبل أن يسكن شيئا وأمره أن يعجله وطابت نفس الفامي بذلك وأعطاه به دقيقا أو زيتا أو دينارا بعشرة دراهم منها ثم مات رب البيت قبل السكنى أو انهدم البيت أو استحق لم يرجع الفامي على المستقرض بشيء ولكن يرجع على رب البيت بالدراهم كذا في المبسوط ثم إنما يرجع بعشرين على رب البيت في قول أبي يوسف الأول وهو ق و ل محمد وأما على قول أبي يوسف الآخر ما كانت حصة الحوائج يرجع عليه بالدراهم فأما ما يخص الدينار فإنه لا يرجع على رب البيت بالدراهم ولكن يرجع على المستقرض فيأخذ منه الدينار لأنه قبضه بحكم صرف فاسد كذا في المحيط ولو استأجر دارا وسكن فاستحقت فالأجرة للآجر ويتصدق بها لأنه ظهر أن المؤجر كان غاصبا للدار التي آجرها كذا في محيط السرخسي ولو استأجر بيتا بثوب فآجره بدراهم أكثر من قيمة الثوب طاب له الفضل وكذلك كل ما اختلف الجنس فيه حتى لو استأجره بعشرة دراهم وآجره بدينار طاب له الفضل أيضا لأنه لا يظهر الفضل بين الدراهم والدنانير إلا بالتقويم كذا في المبسوط ولو أن رب البيت أراد التعجيل في الأجر كله قبل الهلاك فأبى المستأجر أن يعطيه فإنه يجبر المستأجر على أن يعطيه بقدر ما سكن فأما حصة ما لم يسكن فلا يجبر على إيفائه كذا في المحيط وإذا آجر داره من رجل شهرا بثوب بعينه فسكنها ل م يكن له أن يبيع الثوب من المستأجر ولا من غيره قبل القبض وكذلك كل شيء بعينه من العروض والحيوان والمكيل والموزون وتبر الذهب والفضة كذا في المبسوط وإن كانت الأجرة شيئا من المكيل والموزون

". (١)

" دفع إلى آخر مالا وأمره بأن يدفعه إلى فلان قرضا ويعقد له عقد الإجارة المرسومة فدفع الوكيل المال إلى المستقرض وقد استأجر المستقرض الوكيل على أن يحفظ عينا دفعه إليه كل شهر بكذا ثم مات المستأجر الوكيل لا تنفسخ الإجارة بموته لأن من عقد له الإجارة باق وهو الموكل وهذا لأن التوكيل بعقد الإجارة من المقرض توكيل بقبول العمل وهو الحفظ والتوكيل بقبول الأعمال صحيح كذا في خزانة المفتين ولو وكله بأن يستقرض ويعقد الإجارة المرسومة على أن يخرج الموكل عن عهدة كل ما لزم عليه ففعل فالأجر والاستقراض على الوكيل كذا في الوجيز للكردري رجل استأجر من آخر دارا بمائة دينار فلم يسكنها حتى أمره رب الدار أن يعطي رجلا عشرة دراهم من أجرة الدار على أن يكون قرضا لرب الدار على القابض ثم انتقضت الإجارة بينهما بموت أحدهما لا سبيل للمستأجر على المستقرض فبعد

(١) الفتاوى الهندية، ٤/٤١٨

ذلك إن كان المستأجر نقد المستقرض أردأ م ن أجرة الدار رجع على الآجر بما أعطى وإن نقد أفضل لم يرجع على الآجر إلا بمثل ما أمره بالأداء ويرجع الآجر على المستقرض بمثل ما قبض من المستأجر كذا في الذخيرة وإذا وجب للآجر على المستأجر مال بالقرض أو نحوه فقال المستأجر للآجر احتسب هذا من مال الإجارة وفارسيته فرور وازمال إجارة فقال الآجر فرور فتم فقد انفسخت الإجارة بقدره كذا في المحيط لو كان للمستأجر على الآجر دينار والأجرة دراهم فتقاصا يجوز وإن كان الجنس مختلفا **بالتراضي** كذا في الوجيز للكردري رجل استأجر أرضا موقوفة على مسجد إجارة شرعية فعمرها وزرعها وحصل له من مالها أكثر من الأجرة إن كانت التي سماها هي أجر مثله في وقت العقد طاب له الفضل كذا في جواهر الفتاوى جاء بالمال إلى المقرض ليؤديه وتنفسخ الإجارة المعهودة فتوارى المقرض أو كفل بنفسه على أنه إن لم يوافه غدا فعليه الألف فجاء به فتوارى المكفول له أو حلف بطلاق ا مرأته إن لم يؤده اليوم الألف فجاء بالمال فتوارى الدائن إن علم القاضي تعنته وقصده الإضرار ينصب له وكيلا يسلم له المال وتنفسخ الإجارة ولا يكون كفيلا بالمال ولا تطلق امرأته فإن لم يعلم قصده لا ينصب ولو نصب وكيلا مع هذا وسلمه إليه تثبت الأحكام المذكورة وينفذ القضاء لكونه مجتهدا فيه كذا في الوجيز للكردري ساحة بين يدي حانوت لرجل في الشارع فآجرها من رجل يبيع الفاكهة كل شهر بدرهم فما يأخذ من الأجرة فهو للعاقد لأنه غاصب قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى هذا إذا كان ثمة بناء أو دكان لأن بذلك يصير غاصبا أما بدونه لا يصير غاصبا وعندي أن الصحيح هو الأول كذا في المحيط وسئل عن مستأجر أحدث في المستأجر بناء أو غرسا ثم انقضت مدة الإجارة هل يؤمر برفع ذلك قال يؤمر برفع ذلك قلت قيمته أو كثرت إن لم يأخذ المالك بالقيمة قيل فإن كان فعل بإذن المالك قال وإن كان فعل بإذنه قال وذكر في الشرب أن من يرضى بإجراء غيره الماء في أرضه أو بمروره في أرضه فأطلق له ذلك ثم بدا له أن يمنع من ذلك يكون له المنع لأنه غير لازم كذا في النسفي وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رجل استأجر من آخر أرضا على أنها عشرة أجربة بعشرة دراهم فزرعها ثم وجدها خمسة عشر جريبا أو وجدها سبعة أجربة قال فله الأجر الذي سمى ولو قال كل جريب بدرهم حسب عليه جريب بدرهم كذا في المحيط رجل آجر أرضا من جملة قرية معظمة متفرقة سهامها فنقص ماء قناتها واحتيج إلى نفقة زائدة وطلب أربابها النفقة فنفقة هذه الأرض المستأجرة على الآجر أم على المستأجر قال لا تجب النفقة عليه في ملكه وأرضه ولا تجب النفقة على المستأجر أيضا في غير ملكه وأرض الآجر ولو كانت قرية منفردة لواحد فاستأجرها منه آخر فنقص ماء قناتها وطلب المستأجر من الآجر نفقة القناة ليزيد في مائها ليس له أن يلزمه الإنفاق لا محال ة ولكن ينظر النقصان فإن كان نقصانا كثيرا بحيث ينقطع الماء عن بعض الأرض التي وقعت عليها الإجارة فإن الإجارة تنفسخ بقدر ما انقطع الشرب عنه على الرواية التي اعتمد عليها القدوري فيما انقطع الماء والشرب عن الأرض أنه تنفسخ الإجارة في تلك الرواية وهو بالخيار في الباقي إن شاء أمسك بحصته وإن شاء فسخ وإن كان نقصانا

". (١)

" ولو كان البائع أو المشتري صرم الثمر ثم هلك بعد ذلك بغير فعل أحد بأن أصابه سيل فذهب به أو نار فاحترق فإن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال ذلك سواء لأن ذلك قد صار للمشتري ولا شفعة فيه فلا أبالي هلكت بفعل المشتري أو بغير فعله لأن الثمرة لما انفصلت سقط حق الشفيع عنها فكأنها كانت في الأصل منفصلة ولو كان المشتري قبض الأرض والنخل ولا ثمرة فيه ثم أثمر في يده ثم جاء الشفيع والثمر متعلق بالنخل فله أن يأخذ الأرض والنخل والثمر بالثمن الذي وقع عليه البيع لا يزاد عليه شيء فإن كان المشتري لما حدثت الثمرة في يده جذها ثم جاء الشفيع وهي قائمة أو قد استهلكها المشتري ببيع أو أكل فإن الشفيع يأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن إن شاء ولا سبيل له على الثمر كذا في السراج الوهاج ولو تصرف المشتري في الدار المشتراة قبل أخذ الشفيع بأن وهبها وسلمها أو تصدق بها أو آجرها أو جعلها مسجدا وصلى فيها أو وقفها وقفا أو جعلها مقبرة ودفن فيها فللشفيع أن يأخذ وينقض تصرف المشتري كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان يجب أن يعلم أن تصرف المشتري في الدار المشفوعة صحيح على أن يحكم بالشفعة للشفيع وله أن يبيع وأن يؤجر ويطيب له الثمن والأجر وكذا له أن يهدم وما أشبه ذلك من التصرفات غير أن للشفيع أن ينقض كل التصرف إلا القبض وما كان من تمام القبض ألا يرى أن الشفيع لو أراد أن ينقض قبض المشتري ليعيد الدار إلى يد البائع ويأخذها منه لا يكون له ذلك كذا في الذخيرة ولو اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظه الذي حصل له بقسمته وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم القاضي أو **التراضي** بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض ثم إذا لم يكن للشفيع نقض قسمته كان له أن يأخذ نصيب المشتري في أي جانب كان وهو مروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وإطلاق الكتاب يدل عليه كذا في التبيين رجلان اشتريا دارا وهما شفيعان ولها شفيع ثالث اقتسماها ثم جاء الثالث فله أن ينقض القسمة اقتسماها بقضاء أو بغير قضاء كذا في الذخيرة رجل اشترى أرضا بمائة درهم ورفع منها التراب وباعها بمائة درهم ثم جاء الشفيع وطلب الشفعة قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يأخذ الشفيع الأرض بنصف الثمن وهو خمسون درهما يقسم الثمن على قيمة الأرض قبل رفع التراب وعلى قيمة التراب المرفوع ثم يطرح عن الشفيع قيمة التراب وقال القاضي الأمام علي السغدي رحمه الله تعالى لا يطرح عن الشفيع نصف الثمن وإنما يطرح عنه حصة النقصان فلو أن المشتري كبس الأرض بعد ما رفع منها التراب فأعادها كما كانت قبل أن يحضر الشفيع ثم حضر الشفيع قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقال للمشتر ي ارفع من الأرض ما أحدثت كذا في فتاوى قاضي خان ولو باع نصف دار من رجل ليس بشفيع وقاسمه بأمر القاضي فقدم الشفيع ونصيب البائع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري فإنه لا تبطل شفعته فإن باع البائع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولى ثم طلب الشفيع فإنه ينظر إن قضى القاضي بالشفعة الأخيرة جعلها بينهما نصفين لأن المشتري قد صار جارا لنصيب البائع كالشفيع فاستويا فيه وإن بدأ فقضى بالأولى للأول قضى له بالأخيرة

---

(١) الفتاوى الهندية، ٥٢٣/٤

أيضا لأنه لم يبق للمشتري الأول ملك كذا في محيط السرخسي ذكر في المنتقى قال إذا اشترى دارا بألف درهم ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالأول فخاصم فيها فأخذها بالشفعة بالبيع الثاني بحكم الحاكم أو بغير حكمه ثم علم بالبيع الأول فليس له أن ينقض ما أخذه وبطلت شفعته في البيع الأول وكذلك لو باعها صاحبها بألف ثم ناقضه المشتري وردها ثم اشتراها منه الشفيع بألفين وهو لا يعلم بالبيع الأول ثم علم به لم يكن له أن ينقض شراءه كذا في المحيط ولو كان المشتري حين اشتراه بألف ناقضه البيع ثم اشتراه بألفين فأخذ الشفيع بألفين ولم يعلم بالبيع الأول ثم علم به لم يكن له أن ينقضه سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كذا في البدائع لو اشتراها بألف فزاده في

" (١).

" بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما في بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ولو كانا بينهما منزلان إن كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما في واحد وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأي للقاضي كذا في فتاوى قاضي خان وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحدة منهما على حدة لاختلاف الجنس كذا في الهداية وإذا كانت في التركة دار وحانوت الورثة كلهم كبار وتراضوا على أن يدفعوا الدار والحانوت إلى واحد منهم عن جميع نصيبه من التركة جاز لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنما لا يجمع نصيب واحد من الورثة بطريق الجبر من القاضي وأما عند **التراضي** فذلك جائز ولو دفع أحد الورثة الدار إلى واحد من الورثة من غير رضا الباقين عن جميع نصيبه من التركة لم يجز يعني لا ينفذ على الباقين إلا بإجازتهم ويكون لهم استرداد الدار وأن يجعلوها في القسمة إن شاءوا وهذا ظاهر وإنما الإشكال في أن الدافع هل يأخذ نصيبه من الدار بعد استرداد الباقين قيل إنه لا يأخذ كذا في المحيط دار بين جماعة أرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضل بناء فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء الدراهم وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض فإنه يجعل عوضه من الأرض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاء البناء من الدراهم إلا إذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك وإذا كان أرض أو بناء فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقسم كل ذلك باعتبار القيمة وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يقسم الأرض بالمساحة ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة وعن محمد رحمه الله تعالى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإن بقي فضل ويتعذر تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم كذا في الكافي ولو اختلفوا في الطريق فقال بعضهم يرفع وقال بعضهم لا يرفع فالقاضي ينظر إن أمكن لكل واحد منهم أن يفتح طريقا في نصيبه فإنه يقسم لكل ولا يرفع طريقا فيما بينهم وإن لم يمكن لكل واحد أن يرفع طريقا في نصيبه فإنه لا يقسم قدر الطريق لأن القسمة في الوجه الأول لا تتضمن تفويت منفعة لهم ولا كذلك في الوجه الثاني قال مشايخنا رحمهم الله تعالى يريد بقوله يفتح في نصيبه طريقا يمر فيه رجل لا طريقا

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٨١/٥

تمر فيه الحمولة وإن كان لا يمر فيه رجل فهذا ليس بطريق أصلا ولو اختلفوا في سعة الطريق وضيقه في قسمة الدار قال بعضهم يجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء لا بقدر طول الباب الأعظم وقال بعضهم يجعل سعة الطريق بقدر عرض الباب الأعظم وطوله من الأع لى بقدر طول الباب لأن بهذا القدر يمكنهم الانتفاع على حسب ما كانوا ينتفعون قبل القسمة وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى هي أن أحد الشركاء إذا أراد أن يخرج جناحا في نصيبه إن كان فوق طول الباب كان له ذلك وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك وإن كان أرضا يرفع مقدار ما يمر فيه ثور ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر ثوران معا وإن كان يحتاج إلى ذلك لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلى ما لا يتناهى كذا في الذخيرة ولو اختصم أهل الطريق فادعى كل واحد منهم أنه له فهو بينهم بالسوية إذا لم يعرف أصله لاستوائهم في اليد على الطريق والاستعمال له ولا يجعل على قدر ما في أيديهم من ذرع الدار والمنزل لأن حاجة صاحب المنزل الصغير إلى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبيرة وهذا بخلاف الشرب فإن عند اختلاف الشركاء يجعل الشرب بينهم على قدر أراضيهم وإن عرف أصل الطريق كيف ك ا ن بينهم جعلته بينهم على ذلك فإن كانت دار لرجل ولآخر طريق فيها فمات صاحب الدار واقتسم ورثته الدار بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ثم باعوه فأرادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق نصفه وللورثة نصفه وإن لم يعرف أن أصل الدار بينهم ميراث وجحدوا ذلك قسم ذلك على عدد

---

(١) ".

" لصاحب الرغيفين درهم من البدل لأنه أكل من رغيفيه رغيفا وثلثي رغيف ولم يأكل الثالث من رغيفيه إلا ثلث رغيف وكل واحد منهما أكل رغيفا وثلثي رغيف فالثالث أكل من الأرغفة الثلاثة رغيفا وثلث رغيف فكان لصاحب الثلاثة أربعة من خمسة دراهم كذا في فتاوى قاضي خان رجلان أرادا أن يتقاسما التبن بينهما بالحبال جاز لأن التفاوت فيه قليل كذا في الظهيرية سئل أبو جعفر عن سلطان غرم أهل قرية فأرادوا قسمة تلك الغرامة واختلفوا فيما بينهم قال بعضهم تقسم على قدر الأملاك وقال بعضهم تقسم على عدد الرءوس قال إن كانت الغرامة لتحصين أملاكهم يقسم ذلك على قدر الأملاك لأنها مؤنة الملك فتتقدر بقدر الملك وإن كانت الغرامة لتحصين الأبدان يقسم ذلك على عدد الرءوس لأنها مؤنة الرءوس ولا شيء على النسوان والصبيان في ذلك لأنه لا يتعرض لهم كذا في المحيط قسمة العنب بين الشريكين بالوزن بالقبان أو الميزان أو ا لمكيال تصح كذا في الظهيرية والله أعلم الباب الثالث في بيان ما يقسم وما لا يقسم وما يجوز من ذلك وما لا يجوز دار بين رجلين نصيب أحدهما أكثر فطلب صاحب الكثير القسمة وأبى الآخر فإن القاضي يقسم عند الكل وإن طلب صاحب القليل القسمة وأبى صاحب الكثير فكذلك وهو اختيار الإمام الشيخ المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى في البيت الصغير بين رجلين إذا كان صاحب القليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فطلب صاحب القليل القسمة قالوا لا يقسم وذكر الخصاف دار بين رجلين نصيب كل واحد لا ينتفع به بعد القسمة

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٠٥/٥

وطلب القسمة من القاضي فإن القاضي يقسم وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر لا يقسم لأن الطالب متعنت وإن كان ضرر القسمة على أحدهما بأن كان نصيب أحدهما أكثر ينتفع به بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة وأبى الآخر فإن القاضي يقسم وإن طلب صاحب القليل لا يقسم وحكي عن الجصاص على عكس هذا كذا في فتاو ى قاضي خان والأصح ما ذكره الخصاف كذا في التبيين وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان الطريق بين قوم إن اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فأراد بعضهم قسمته وأبى الآخر فإني لا أقسمه بينهم وإن كان لكل واحد طريق ومنفذ فإني أقسمه بينهم بعض مشايخنا قالوا المسألة محمولة على أن الطريق بينهم على السواء وكان بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لواحد منهم طريق ومنفذ فأما إذا كان الطريق بينهم على التفاضل بحيث لو قسم لا يبقى لصاحب القليل طريق ولا منفذ ويبقى لصاحب الكثير طريق ومنفذ فالقاضي يقسم بينهم إذا طلب صاحب الكثير القسمة كما في مسألة البيت إذا طلب صاحب الكثير القسمة ومنهم من قال الطريق لا يقسم في الحالين بخلاف البيت كذا في المحيط وإن كان مسيل ماء بين رجلين أراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فإن كان فيه موضع يسيل منه ماؤه سوى هذا قسمته وإن لم يكن له موضع إلا بضرر لم أقسمه وهذ ا والطريق سواء كذا في المبسوط بيت بين رجلين انهدم طلب أحدهما قسمة الأرض قال أبو يوسف رحمه الله تعالى تقسم بينهما وقال محمد رحمه الله تعالى لا تقسم فإن أراد أحدهما أن يبني كما كان وأبى الآخر ذكر في نوادر ابن رستم أنه لا يجبر على البناء إلا أن يكون لهما عليه جذع فيجبر على البناء فإن كان الآبي معسرا يقال لشريكه ابن أنت وامنع الآخر من وضع الجذع حتى يعطيك نصف ما أنفقت كذا في الحاوي ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء فإن رضوا به جميعا قسمته لوجود **التراضي** منهم بالتزام الضرر من أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول هذا في الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة أخرى بأن يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم فأما في الحائط إن رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم بنصيبه من غير هدم فكذلك الجواب وإن رضوا بالهدم وقسمة الأس بينهم لم يباشر القاضي ذلك ولكن إن فعل وا ذلك

---

(١) ".

" فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك ولو كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنياه فيها بإذنه ثم أرادا قسمة البناء وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك **بالتراضي** وإن امتنع أحدهما لم يجبر عليه وإن كان أراد أحدهما قسمة البناء وهدمه وأبى الآخر ففي هذه القسمة إتلاف الملك وقد بينا أن القاضي لا يفعل ذلك ولكن إذا أرادا أن يفعلاه لم يمنعهما عن ذلك وإن أخرجهما صاحب الأرض هدماه ثم النقض يحتمل القسمة بينهما فيفصله القاضي عند طلب بعض الشركاء كذا في المبسوط قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل دكان في السوق بين رجلين يبيعان فيه بيعا أو يعملان فيه بأيديهما فأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر وصاحب الأرض غائب فإن القاضي ينظر في ذلك إن كان لو قسم أمكن لكل واحد منهما أن يعمل في نصيبه العمل الذي كان يعمله قبل القسمة قسم وإن كان لا يمكنه ذلك لا يقسم كذا في

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٠٧/٥

المحيط وإذا كان الزرع بين ورثة في أرض لغيرهم فأراد وا قسمة الزرع فإن كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد لا **بالتراضي** ولا بغير **التراضي** لأن الحنطة مال الربا فلا تجوز قسمته مجازفة إلا بالكيل ولا تمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد وإن كان بقلا لم أقسمه إلا أن يشترطوا في البقل أنه يجذ كل واحد منهم ما أصابه فإذا اقتسموه على هذا بتراضيهم أجزته كذا في المبسوط وإذا كان زرع بين رجلين فأرادا قسمة الزرع فيما بينهما دون الأرض فالقاضي لا يقسم أما إذا بلغ الزرع وتسنبل فلأنه بعد ما بلغ وتسنبل صار مال الربا وفي القسمة معنى المبادلة فلا تجوز مجازفة وأما إذا كان الزرع بقلا فإنما لا يقسم القاضي إذا كانت القسمة بشرط الترك وأما إذا أراد القسمة بشرط القلع فله أن يقسم وهذا الجواب على إحدى الروايتين فأما على الرواية الأخرى فينبغي أن لا يقسم القاضي وإن رضيا به هذا إذا طلبا القسمة من القاضي وإن طلب أحدهما وأبى الآخر فالقاضي لا يقسم على كل ح ال ولو أقتسما الزرع بأنفسهما فإن كان الزرع قد بلغ وتسنبل فالجواب فيه قد مر وإن كان الزرع بقلا إن قسما بشرط الترك لا يجوز وإن قسما بشرط القلع جاز باتفاق الروايات كذا في المحيط ولو كان بينهما زرع في أرضهما فطلبا قسمة الزرع دون الأرض فإن كان الزرع بقلا وشرطا تركه في الأرض أو شرط أحدهما ذلك لا تجوز قسمة الزرع وإن اتفقا على القلع جازت القسمة وإن كان الزرع قد أدرك وشرطا الحصاد جازت القسمة عند الكل وإن شرطا الترك أو أحدهما فسدت القسمة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وتجوز في قول محمد رحمه الله تعالى وكذا طلع على النخيل بين رجلين أرادا قسمته دون النخيل إن شرطا الترك أو أحدهما فسدت القسمة وإن اتفقا على الجذاذ في الحال جازت القسمة وإن كان الثمر مدركا وشرطا الترك لا تجوز عندهما وتجوز في قول محمد رحمه الله تعالى كذا في فتاوى قاضي خان إذا كان كر حنطة بين رجل ين ثلاثون رديئة وعشرة جيدة فأخذ أحدهما عشرة والآخر ثلاثين وقيمة العشرة مثل قيمة الثلاثين فإنه لا يجوز كذا في شرح الطحاوي وإن كانت قوصرة تمر بينهما أو دن خل فأراد أحدهما قسمته قسمته لأن هذا مما يتأتى فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تمييز محض لكل واحد من الشريكين أن يتفرد به فكذلك يفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء كذا في المبسوط والخشب والباب والرحى والدابة واللؤلؤة لم تقسم إلا برضاهما وفي التجريد وكذا في القصب وكل شيء يحتاج إلى شقه وكسره وفي ذلك ضرر وكذا في الخشبة الواحدة إذا كان في قطعها ضرر كذا في الخلاصة ولا تقسم الجواهر لأن جهالتها متفاحشة ألا يرى أنها لا يصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع كذا في التبيين وفي مختصر خواهر زاده ولا تقسم القوس والسرج ولا المصحف كذا في التتارخانية فإن أوصى بصوف على ظهر غنمه لرجلين فأرادا قسمته قبل الجذاذ لم أقسم هـ وكذلك اللبن في الضرع لأن ذلك مال الربا فإنه موزون أو مكيل لا تمكن قسمته إلا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجذاذ فأما الولد في البطن فلا تجوز قسمته بين الشركاء بحال وكذلك لو قسما ذلك بينهما **بالتراضي** لم يجز كذا في المبسوط في باب ما لا يقسم وإن كان ثوب بين رجلين فاقتسماه وشقاه

". (١)

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٠٨/٥

" القسمة على الروايات كلها وإن كان في جواز بيع حق المرور روايتان قال بأن كان عين الطريق مملوكا لهما وكان لهما حق المرور فيه وقد جعل أحدهما نصيبه من رقبة الطريق ملكا لصاحبه عوضا عن بعض ما أخذه من نصيب صاحبه بالقسمة وبقي لنفسه حق المرور وهذا جائز بالشرط كمن باع طريقا مملوكا من غيره على أن يكون له حق المرور وكمن باع السفل على أنه له حق قرار العلو فإنه يجوز كذا هنا وإذا كانت الدار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى اقتسماها على أن يأخذ أحدهما الدار والآخر الشقص فإن علما أن سهام الشقص كم هي فالقسمة جائزة وإن لم يعلما فالقسمة مردودة وإن علم أحدهما ولم يعلم الآخر فالقسمة مردودة هكذا ذكر المسألة في الأصل في هذا الكتاب ولم يفصل الجواب فيها تفصيلا فمن المشايخ من قال يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن علم المشروط له الشقص جازت القسمة بلا خلاف وإن جهل المشروط له وعلم الشارط كانت المسألة على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تكون القسمة مردودة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تكون جائزة ومنهم من قال لا بل الجواب في مسألة القسمة على ما أطلق والقسمة مردودة في قولهم جميعا كذا في المحيط وإذا اقتسم القوم القرية وهي ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصي أو غائب ليس له وكيل لم تجز القسمة وكذلك لو اقتسموها بأمر صاحب الشرط أو عامل غير القاضي كالعامل على الرستاق أو الطسوج أو على الخراج أو على المؤنة وكذلك لو رضوا بحكم بعض الفقهاء فسمع بينتهم على الأصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لا وصي له أو غائب لا وكيل له لم تجز لأن الحكم لا ولاية له على الغائب والصغير لأنه صار حكما بتراضي الخصوم فتقتصر ولايته على من وجد منه الرضا فإن أجاز الغائب أو كبر الصبي وأجاز فهو جائز لأن لهذا العقد مجيزا حال وقوعه أ لا يرى أن القاضي لو أجاز جاز وهو نظير ما لو باع مال الصبي فكبر الصبي وأجاز ذلك جاز وإن مات الغائب أو الصغير فأجاز وارثه لم تجز في القياس وهو قول محمد رحمه الله تعالى والاستحسان أن الحاجة إلى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كانت في حياته فلو نقضت تلك القسمة احتيج إلى إعادتها في الحال بتلك الصفة وإنما تكون إعادتها برضا الوارث فلا فائدة في نقضها مع وجود الإجازة عند النفاذ برضاه كذا في المبسوط ثم إنما تعمل الإجازة من الغائب أو من وارثه أو من الوصي أو من الصبي بعد البلوغ إذا كان ما وقع عليه القسمة قائما وقت الإجازة كالبيع المحض الموقوف إنما تعمل فيه الإجازة إذا كان المبيع قائما وقت الإجازة وكما تثبت الإجازة صريحا بالقول تثبت الإجازة دلالة بالفعل كما في البيع المحض كذا في الذخيرة لا تقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع بها كل واحد بالمهايأة ولو أراد واحد من الورثة أن يقسم بالأوراق ليس له ذلك ولا يسمع هذا الكلام منه ولا تقسم بوجه من الوجوه ولو كان صندوق قرآن ليس له ذلك أيضا وإن تراضوا جميعا فالقاضي لا يأمر بذلك ولو كان مصحف لواحد وسهم من ثلاثة وثلاثين سهما منه للآخر فإنه يعطى يوما من ثلاثة وثلاثين يوما حتى ينتفع ولو كان كتابا ذا مجلدات كثيرة كشرح المبسوط فإنه لا يقسم أيضا ولا سبيل إلى القسمة في ذلك وكذا في كل جنس مختلف ولا يأمر الحاكم بذلك ولو تراضيا أن تقوم الكتب ويأخذ كل واحد بعضها بالقيمة **بالتراضي** يجوز وإلا فلا كذا في جواهر الفتاوى في اليتيمة سئل علي بن أحمد عمن مات وترك أولادا صغارا وابنين كبيرين ودارا ولم يوص إلى أحد فنصب القاضي أحد الابنين وصيا ثم إن الوصي دعا

رجلين من أقربائه فقسمت التركة بحضورهم فجعل الكتب لنفسه ولأخيه الثاني البالغ أيضا وجعل الدار للصغيرين مشاعا بينهما وذلك بعد التقويم والتعديل هل تصح هذه القسمة فقال إن كان القاسم عالما ورعا يجوز إن شاء الله تعالى وسألت أبا حامد عن الأب هل له أن يقسم مع أولاده الصغار فقال نعم وسئل علي بن أحمد عمن اشترى أرضا

".(١)

" الطريق لم تصر ملكا له كذا في محيط السرخسي ولو كان بين شريكين دار فرفعا بابا منها ووضعاه فيها ثم قسما الدار فالباب الموضوع لا يدخل في القسمة إلا بالذكر كما في البيع كذا في الذخيرة والحوض لا يقسم سواء كان عشرا في عشر أو أقل كذا في خزانة الفتاوى والله أعلم الباب الخامس في الرجوع عن القسمة واستعمال القرعة فيها يجب أن يعلم بأن الملك لا يقع لواحد من الشركاء في سهم بعينه بنفس القسمة بل يتوقف ذلك على أحد معان أربعة إما القبض أو قضاء القاضي أو القرعة أو بأن يوكلوا رجلا يلزم كل واحد منهم سهما كذا في الذخيرة وإذا كانت الغنم بين رجلين فقسماها نصفين ثم أقرعا فأصاب هذا طائفة وهذا طائفة ثم ندم أحدهما فأراد الرجوع فليس له ذلك لأن القسمة قد تمت بخروج السهام وكذلك لو رضيا برجل فقسمها ولم يأل أن يعدل في ذلك ثم أقرع بينهما فهو جائز عليهما كذا في المبسوط فإن كان الشركاء ثلاثة فخرج قرعة أحدهم فلكل واحد منهم الرجوع فإن خرج قرعة اثنين منهم ثم أراد أحدهم أن يرجع ليس له ذلك ولو كان الشركاء أربعة ما لم يخرج قرعة ثلاثة منهم كان لكل واحد منهم الرجوع كذا في المحيط وإن كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فيرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك إلا إذا خرج السهام كلها إلا لواحد لأن التمييز هاهنا يعتمد التراضي بينهم ولكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم كذا في النهاية وإذا كانت غنم بين قوم تساهموا عليها قبل أن يقسموها فأيهم خرج سهمه أولا عدوا له كذا الأول فالأول فهذا لا يجوز وإن كان في الميراث إبل وبقر وغنم فجعلوا الإبل قسما والبقر قسما والغنم قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا فهذا جائز كذا في المحيط وإن كان في الميراث إبل وبقر وغنم فجعلوا الإبل قسما والبقر قسما والغنم قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الإبل رد ك ذا درهما على صاحبيه نصفين فهو جائز كذا في المبسوط وإن كانت الدار بين رجلين فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الثلث من مؤخرها بجميع حقه ويأخذ الآخر الثلثين من مقدمها بجميع حقه فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ما لم تقع الحدود بينهما ولا يعتبر رضاهما بما قالا قبل وقوع الحدود وإنما يعتبر رضاهما بعد وقوع الحدود كذا في الذخيرة ذكر الناطفي أن القرعة ثلاث الأولى لإثبات حق البعض وإبطال حق البعض وإنها باطلة كمن أعتق أحد عبديه بغير عينه ثم يقرع والثانية لطيبة النفس وإنها جائزة كالقرعة بين النساء للسفر والقرعة بين النساء في البداية للقسم والثالثة لإثبات حق واحد في مقابلة مثله فيفرز بها حق كل واحد منهما وهو جائز كذا في فتاوى قاضي خان وإذا أقرع بينهم في القسمة ينبغي أن يقول كل من خرجت قرعته أولا أعطيته جزءا من هذا الجانب والذي يليه في الخروج بجنب نصيب الأول كذا في شرح الطحاوي وال له أعلم الباب السادس في الخيار

---

(١) الفتاوى الهندية، ٥/٢١٤

في القسمة القسمة ثلاث أنواع قسمة لا يجبر الآبي كقسمة الأجناس المختلفة وقسمة يجبر الآبي في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففي قسمة الأجناس المختلفة تثبت الخيارات أجمع وفي قسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية وفي قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الشرط والرؤية على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى كذا في الفتاوى الصغرى ثم ذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب الحنطة والشعير وكل ما يكال وما يوزن وأثبت في قسمتها خيار الرؤية قال مشايخنا أراد بما قال الحنطة والشعير جميعا والمكيل

---

(١) ".

" ادعى أحد المتقاسمين الغلط في القسمة من حيث القيمة بأن ادعى غبنا في القسمة فإن كان يسيرا بحيث يدخل تحت تقويم المقومين لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وإن كان فاحشا بحيث لا يدخل تحت تقويم المقومين فإن كانت القسمة بالقضاء لا **بالتراضي** تسمع بينته بالاتفاق وإن كانت بتراضي الخصمين لا بقضاء القاضي لم يذكر في الكتاب وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه كان يقول إن قيل تسمع فله وجه وإن قيل لا تسمع فله وجه كذا في الفتاوى الصغرى وهو الصحيح وعليه الفتوى كذا في الغياثية وحكي عن الفضلي أنه تسمع كما إذا كانت بقضاء القاضي وهو الصحيح كذا في شرحه للمختصر وذكر الإسبيجابي في شرحه هذا كله إذا لم يقر الخصم بالاستيفاء أما إذا أقر بالاستيفاء فإنه لا تصح دعواه الغلط والغبن إلا إذا ادعى الغصب فحينئذ تسمع دعواه كذا في الفتاوى الصغرى إن ادعى أحد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط كمائة شاة بين رجلين اقتسما ثم قال أحدهما لصاحبه قبضت خمسة وخمسين غلطا وأنا ما قبضت إلا خمسة وأربعين وقال الآخر ما قبضت شيئا غلطا وإنما اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون ولم تقم لواحد منهما بينة يجب التحالف لأن القسمة بمعنى البيع وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان المعقود عليه قائما فكذا في القسمة إذا كان المقسوم قائما بعينه وهذا كله إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق فأما إذا سبق لم تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب وإن قال اقتسمنا بالسوية وأخذنا ذلك ثم أخذت خمسة من نصيبي غلطا وقال الآخر ما أخذت من نصيبك شيئا غلطا ولكنا اقتسمنا على أن يكون لي خمس وخمسون ولك خمس وأربعون ولا بينة لواحد منهما فإنهما لا يتحالفان ويجعل القول قول المدعى عليه الغلط قال محمد رحمه الله تعالى إذا اقتسم القوم أرضا أو دارا أو قبض كل واحد منهم حقه من ذلك ثم ادعى أحدهم غلطا فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال في ذلك لا تعاد القسمة حتى يقيم البينة على ما يدعي فإذا أقام البينة أعيدت القسمة فيما بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه وكان يجب ألا تعاد القسمة لأن وضع المسألة أن كل واحد قبض حقه ودعوى الغلط بعد القبض دعوى الغصب وفي

---

(١) الفتاوى الهندية، ٥/٢١٧

دعوى الغصب يقضى للمدعي بما قامت البينة عليه ولا تعاد القسمة والجواب عن هذا أن يقال إن محمدا رحمه الله تعالى ذكر إعادة القسمة عند إقامة البينة على دعوى الغلط ولم يبين كيفية الدعوى فتحمل دعواه على وجه تجب إعادة القسمة عند إقامة البينة وبيان ذلك أن يقول مدعي الغلط لصاحبه قسمنا الدار بيننا بالسوية على أن يكون لي ألف ذراع ولك ألف ذراع وقبضنا ثم إنك أخذت مائة ذراع من نصيبي من مكان بعينه غلطا ويقول الآخر لا بل كانت القسمة على أن يكون لي ألف ومائة ذراع ولك تسع مائة ذراع فشهد الشهود أن القسمة كانت على السوية ولم يشهدوا أن هذا أخذ مائة ذراع من مكان بعينه من نصيب المدعي ثبت بهذه البينة أن القسمة كانت بالسوية وفي يد أحدهما زيادة ولا يدري أن حق المدعي في أي جانب فتجب الإعادة ليستويا وتكون هذه الشهادة مسموعة وإن لم يشهدوا بالغصب لأن مدعي الغلط في هذا الوجه يدعي شيئين القسمة بالسوية وغصب مائة ذراع والشهود شهدوا بأحدهما وهو القسمة بالسوية وإن لم يكن للمدعي بينة على ما ادعى يحلف المدعي قبل الغلط ولا يتحالفان فإن حلف المدعي قبله الغلط لم يثبت الغلط والقسمة ماضية على حالها وإن نكل يثبت الغلط فتعاد القسمة كما في فصل البينة وكذلك كل قسمة في غنم أو إبل أو بقر أو ثياب أو شيء من المكيل والموزون ادعى فيها أحدهم غلطا بعد القسمة والقبض فهو على مثل ذلك ولم يرد بهذه التسوية بين جميع هذه المسائل وبين المسألة الأولى في حق جميع الأحكام و إنما أراد بها التسوية في حق بعض الأحكام وهو أن لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى ألا يرى أن في المكيل والموزون إذا أقام مدعي الغلط البينة على ما ادعى لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهما وفي الغنم والبقر والثياب والأشياء التي تتفاوت تجب إعادة القسمة كما في

" (١).

"كذا في الكافي وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أجر قاسم الدور والأرضين على عدد الرءوس وقالا على قدر الأنصباء وصورته دار بين ثلاثة نفر لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها قالوا وهذا إذا طلبوا من القاضي القسمة بينهم فقسم بينهم قاسم القاضي فأما إذا استأجروا رجلا بأنفسهم فإن الأجرة عليهم على السوية وهل يرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بالزيادة قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يرجع وقالا يرجع وكذلك إذا وكلوا رجلا ليستأجر رجلا يقسم بينهم فاستأجر الوكيل فإن الأجرة على الوكيل واختلفوا في الرجوع قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يرجع عليهم بالأجرة على السواء وقالا يرجع على كل واحد منهم بقدر الملك كذا في المحيط وإذا استأجروا رجلا لكيل طعام مشترك أو ذرع ثوب مشترك بينهم إن كان الاستئجار للقسمة فهو على الخلاف الذي بينا وإن كان الاستئجار على نفس الكيل والذرع ليصير المكيل أ و الثوب معلوم القدر فالأجر على قدر الأنصباء وفي المنتقى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى في أكرار حنطة بين رجلين فأجر الكيال على مقادير الأنصباء وأجر الحساب على الرءوس قال ما كان من عمل فهو على الأنصباء وما كان من حساب فهو على الرءوس في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قولهما على الأنصباء

(١) الفتاوى الهندية، ٢٢٦/٥

كذا في الذخيرة ذكر هشام عن محمد رحمه الله تعالى أرض بين رجلين بنى فيها أحدهما فقال الآخر ارفع عنها بناءك فإنه يقسم الأرض بينهما فما وقع من البناء في نصيب الذي لم يبن فله أن يرفعه أو يرضيه بأداء القيمة لأنه لو رفع يبطل حق الباني في الكل ولو قسم لا يبطل في القدر الذي بنى في ملكه فكانت القسمة أولى كذا في محيط السرخسي وإذا طلب أحد الشركاء القسمة وأبى الباقون فاستأجر الطالب قساما كان الأجر عليه خاصة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال صاحباه يكون على الكل كذا في فتاوى قاضي خان وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب القسمة أحد الشريكين إذا بنى في أرض مشتركة بغير إذن شريكه فلشريكه أن ينقض بناءه وفيه أيضا عبدان بين رجلين غاب أحد الرجلين فجاء أجنبي إلى الشريك الحاضر وقال قاسمني هذين العبدين على فلان الغائب فإنه يستحسن قسمتي فقاسمه الحاضر وأخذ الحاضر عبدا واحدا والأجنبي عبدا ثم قدم الغائب وأجاز القسمة ثم مات العبد في يد الأجنبي فالقسمة جائزة وقبض الأجنبي له جائز ولا ضمان عليه فيه وإن مات قبل الإجازة بطلت القسمة وللغائب نصف العبد الباقي وهو بالخيار في تضمين حصته من العبد الميت إن شاء ضمن الذي مات في يده وإن شاء ضمن شريكه وأيهما ضمن لا يرجع على الآخر بما ضمن كذا في المحيط ولو وقعت شجرة في نصيب أحدهما أغصانها متدلية في نصيب الآخر لا يجبره على قطعها لأنه استحق الشجرة بأغصانها وعليه الفتوى كذا في خزانة المفتين وقع لأحدهما في قسمه بناء وللآخر بـ ج نبه ساحة فأراد صاحبها بناء بيت في ساحته وهو يسد الريح والشمس على صاحب البناء فله ذلك في ظاهر الرواية وليس له منعه وعليه الفتوى وقال نصير والصفار رحمهما الله تعالى له منعه كذا في الفتاوى الصغرى ثلاثة نفر ورثوا دارا عن أبيهم واقتسموها أثلاثا وتقابضوا ثم أن رجلا غريبا اشترى من أحدهم قسمه وقبضه ثم جاء أحد الباقيين وقال أنا لا أقسم واشترى هذا المشتري منه الثلث شائعا من جميع الدار ثم جاء الابن الثالث وقال قد اقتسمناها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الأول وكذبه البائع الثاني وقال المشتري لا أدري أقسمتم أم لا فالقسمة جائزة لأن القسمة ثبتت بحجة قامت من الخصم والقسمة بعد تمامها لا تبطل بجحود بعض الشركاء فيظهر أن الأول باع نصيب نفسه خاصة فجاز بيعه وأما الثاني إنما باع ثلث الدار شائعا ثلث ذلك من قسمه وثلثا ذلك من نصيب غيره فينفذ بيعه في نصيب نفسه خاصة فجاز بيعه ويتخيي ر المشتري فيه إن شاء أخذ ثلث قسمه بثلث الثمن وإن شاء ترك لتفرق الصفقة كذا في فتاوى قاضي خان إذا اقتسم الورثة التركة فيما بينهم **بالتراضي** على فرائض الله تعالى وأفرزوا لكل واحد منهم نصيبه ثم أرادوا أن يبطلوا القسمة **بالتراضي** ويجعلوا الدور والأراضي مشتركة مشاعا كما

". (١)

" كتاب الجنايات وفيه سبعة عشر بابا الباب الأول في تعريف الجناية وأنواعها وأحكامها وهي في الشرع اسم لفعل محرم سواء كان في مال أو نفس لكن في عرف الفقهاء يراد بإطلاق اسم الجناية الفعل في النفس والأطراف كذا في التبيين والأول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا كذا في العناية الجناية على

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٣٢/٥

نوعين أحدهما يوجب القصاص وهو العمد والآخر لا يوجبه وما يوجب القصاص فهو على نوعين أحدهما في النفس والآخر فيما دون النفس كذا في فتاوى قاضي خان القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما جرى مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد به أنواع القتل بغير حق مما يتعلق به الأحكام أما العمد فما تعمد ضربه بسلاح أو ما يجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء كمحدد الخشب والحجر وليطة القصب والنار كذا في الكافي وموجب ذلك المأثم والقود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا ولا كفارة فيه عندنا كذا في الهداية ومن حكمه حرمان الميراث ووجوب المال به عند **التراضي** أو عند تعذر إيجاب القصاص للشبهة كذا في شرح المبسوط وشبه العمد أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما جرى مجرى السلاح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إذا ضربه

---

(١) ".

" لا يجب شيء كذا في المحيط ولو قال أحدهما قطعت يده أنا عمدا وفلان قطع رجله عمدا ومات من ذلك فقال الولي لا بل أنت قطعت يده ورجله عمدا وأنكر الآخر الشركة كان للولي أن يقتله وإن قال الولي بل أنت قطعت يده عمدا ولا أدري من قطع رجله لا يقتل إلا إذا زال الإبهام بأن قال تذكرت أن فلانا قطع رجله عمدا كان له أن يقتل المقر ويكون هذا عذرا حتى لو قضى القاضي ببطلان حقه حين أبهم ثم تذكره لا يعود حقه كذا في شرح الزيادات للعتابي رجل قتيل مقطوع اليدين ادعى وليه أن فلانا قطع يده اليمنى عمدا وفلانا قطع يده اليسرى عمدا ومات منهما فقال المدعى عليه قطع يده اليسرى أنا قطعت يده اليسرى عمدا ومات منها خاصة وأنكر الآخر كان له أن يقتل المقر وإن قال الولي قطع فلان يده اليسرى عمدا ولا أدري من قطع يده اليمنى إلا أنها قطعت عمدا ومات من القطعين وقال المدعى عليه قطع اليد اليسرى أنا قطعت يده ال يسرى عمدا ومات منها خاصة لا شيء على المقر ولو قال الولي قطع فلان يده اليمنى عمدا وفلان يده اليسرى عمدا وقال المدعى عليه قطع اليد اليسرى قطعت يده اليسرى عمدا ولا أدري من قطع اليمنى إلا أني أعلم أن اليمنى قطعت عمدا ومات منها فلا قود عليه وعليه نصف الدية استحسانا والقياس أن لا يلزمه شيء من الدية كذا في المحيط والله أعلم الباب السادس في الصلح والعفو والشهادة فيه للأب أن يصالح فيما دون النفس واختلفت الروايات في الصلح عن النفس كذا في فتاوى قاضي خان وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا وإن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال كذا في الهداية ولو كان القتل خطأ فقال صالحتك على ألف دينار أو على عشرة آلاف درهم ولم يسم لذلك أجلا فإن كان ذلك قبل قضاء القاضي وقبل تراضيهما على نوع من أنواع الدية فإنه يكون مؤجلا كذا في الظهيرية وإن كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف ففعل فالألف على الحر وعلى المولى نصفان كذا في الهداية ثم الصلح في فصل الخطأ إن كان بعد القضاء بنوع من أنواع الدية أو بعد تراضيهما على ذلك فإن وقع على النوع الذي

---

(١) الفتاوى الهندية، ٦/٢

وقع القضاء به أو وقع **التراضي** عليه وكان الصلح على أكثر من الدية لا يجوز وإن وقع على أقل مما وقع به القضاء فإنه يجوز نسيئة كان أو يدا بيد وإن اصطلحا على خلاف جنس المقضي به وقد صالحه على أكثر مما قضي به فإنه يجوز إلا أنه إذا كان المقضي به دراهم وقد اصطلحا على دنانير أكثر منه إنما يجوز إذا كان يدا بيد وإن كان المصالح عليه فرسا أو حمارا أو عبدا إن كان دينا فإنه لا يجوز وإن كان عينا يجوز وإن لم يقبض في المجلس وإن كان صالحه على أقل من المقضي به فإن كان المقضي به أحدهما دنانير والآخر دراهم فإنه لا يجوز نسيئة ويجوز يدا بيد وإن كان المقضي به دراهم والمصالح عليه عرضا من العروض إن كان نسيئة لا يجوز وإن كان بعينه يجوز سواء قبض في المجلس أو لم يقبض هذا الذي ذكرنا إذا اصطلحا بعد القضاء والرضا فأما إذا اصطلحا قبل القضاء والرضا إن اصطلحا على مال فرض في الدية إن كان المصالح عليه أكثر من الدية فإنه لا يجوز وإن كان يدا بيد وإن وقع الصلح على أقل من عشرة آلاف درهم أو على أقل من ألف دينار أو على أقل من مائة من الإبل فإنه يجوز نسيئة كان أو يدا بيد وإن وقع الصلح على جنس آخر لم يفرض في الدية فإن كان نسيئة لا يجوز وإن كان عينا جاز هكذا في المحيط رجل قتل عمدا وله وليان فصالح أحدهما القاتل عن جميع الدم على خمسين ألفا جاز الصلح في نصيبه بخمس وعشرين وللآخر نصف الدية خمسة آلاف وروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الصلح على أكثر من الدية باطل ووجب لكل واحد منهما نصف الدية خمسة آلاف والرواية المشهورة هي الأولى كذا في الظهيرية ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص رجل أو امرأة أو أم

"(١).

" رحمه الله تعالى وإن أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى في المسألتين وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال كذا في الهداية صورة المحاباة أن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة فالزائد على قيمة المثل في الشراء والناقص في البيع محاباة كذا في الاختيار شرح المختار وإذا أوصى بعتق عبده بعد موته أو قال أعتقوه أو قال هو حر بعد موتي بيوم وأوصى لإنسان بألف درهم تحاصا في الثلث وليس هذا من العتق الذي يبدأ به وإنما يبدأ به إذا قال هو حر بعد موتي مبهما أو أعتقه في مرضه ألبتة أو قال إن حدث بي حدث من مرضي هذا فهو حر فهذا يبدأ به قبل الوصية وكذلك كل عتق يقع بعد الموت بغير وقت يبدأ به قبل الوصية كذا في المبسوط ولو قال هو حر بعد موتي بيوم أو بشهر فمضت المدة فعلى رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يعتق إلا بإعتاق الورثة أو الوصي كذا في محيط السرخسي ولو أعتق أمة في مرضه فولدت بعد العتق قبل أن يموت الرجل أو بعدما مات لم يدخل ولدها في الوصية ولو دبر عبدا له وقال لآخر إن حدث بي حدث من مرضي

---

(١) الفتاوى الهندية، ٦/٢٠

هذا فأنت حر ثم مات من مرضه تحاصا في الثلث لأنهما استويا في معنى الاستحقاق بعد الموت على معنى أن كل واحد منهما في مرض موته فيتحاصان في الثلث ولو أوصى لعبده بدراهم مسماة أو بشيء من ماله مسمى لم يجز قال ولو أوصى له ببعض رقبته عتق ذلك المقدار وسعى في الباقي في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بمنزلة ما لو وهب له بعض رقبته في حياته ولو أوصى له برقبته كلها عتق من الثلث وكذلك لو و ه ب له رقبته أو تصدق بها عليه في مرضه عتق من الثلث كذا في المبسوط ولو أوصى لعبده بثلث ماله جازت وصيته وعتق ثلثه بعد موته ثم ينظر إن كان ماله دراهم أو دنانير ينظر إلى ثلثي العبد فإن كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصا وإن كان في المال زيادة يدفع إليه الزيادة فإن كان في ثلثي قيمة العبد زيادة يدفع إلى الورثة وإن كانت التركة عروضا لا يصير قصاصا إلا **بالتراضي** لاختلاف الجنس وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من سائر أمواله وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى يصل إليهم السعاية وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأما عندهما فصار كله مدبرا فإذا مات عتق كله ويكون العتق مقدما على سائر الوصايا فإن زاد الثلث على مقدار قيمته فعلى الورثة أن يدفعوا إليه وإن كانت قيمته أكثر فعليه أن يسعى في الفضل كذا في البدائع ولو أوصى بعبده لرجل ثم أوصى بذلك العبد أن يعتق أو يدبر فهذا رجوع كذا في المبسوط ولو قال في مرضه لعبد له ولمدبره قيمتهما سواء أحدكما حر ثم مات قبل البيان كان الثلث بينهما على ثلاثة أسهم للمدبر سهمان وللعبد سهم ولو أوصى بأن يؤخذ من عبده كذا درهما ثم يعتق كان له ما حط عنه من الثلث فإن كان المحطوط يخرج من ثلث ماله لا تجب السعاية وإن كان أكثر يحط عنه قدر الثلث ويسعى فيما زاد عليه كذا في محيط السرخسي إذا قال أعتقوا كل قديم الصحبة لي يعتق كل من كانت صحبته حولا وهو المختار كذا في خزانة المفتين رجل أوصى أن يشترى عبد ابنه فيعتق عنه ثم مات قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الوصية باطلة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى الوصية صحيحة فيشترى بقيمته فيعتق فإن كان الوارث باعه من أجنبي قبل موته فإنه يشترى بالإجماع فيعتق وإن كان الوارث باعه من أجنبي بعد موت الموصي قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الوصية باطلة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يشترى بقيمته ويعتق عنه رجل قال أوصيت بأن عبدي هذا حر قال هذه وصية بالعتق إنما يعتق بعد موت المولى ولو أوصى أن يشترى عبد فلان قال يشترى بقيمته لا بما زاد فإن أبى مولاه أن يبيعه يرد ثمنه إلى الورثة فإن قال اشتروا عبد فلان فأعتقوه وأبى مولاه أن يبيعه حبس ثمنه حتى يموت العبد أو يعتق كذا في محيط السرخسي

". (١)

" وأوصى لآخر بالثلث فثلث ماله يقسم على الثلث وعلى أدنى ما يكون من قيمة النسمة كذا في المبسوط ولو أوصى بأن يعتق عنه نسمة بمائة وثلثه أقل من مائة لم يعتق عنه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يعتق عنه بالشك وذكر في الجامع الصغير ولو أوصى بعتق نسمة بثلث ماله ففعل الوصي ثم لحق دين استوعب الثلثين فالعتق عن

---

(١) الفتاوى الهندية، ١١٠/٦

الموصي وكذلك لو كان وصيا نصبه القاضي وبمثله لو كان القاضي فعل ذلك أو أمينه ثم ظهر الدين بطل العتق ولا يكون القاضي أو أمينه مشتريا لنفسه كذا في محيط السرخسي ولو أوصى بأن يشترى عبد فلان فيعتق عنه فإنه يشترى من ثلثه وإن امتنع صاحبه من البيع بالثلث أوقف الثلث حتى يبيعه صاحبه فإن مات العبد فقد انقطع رجاء تنفيذ هذه الوصية لفوات محلها فيرجع إلى الوارث ذلك إن كان سمى ما يشترى به من الثلث ولو أوصى إلى رجل أن يشتري له نسمة بهذه المائة بعينها فيعتقها من الثلث عنه فاشترى بها نسمة فأعتقها عنه ثم استحق رجل تلك المائة أو بعضها أو لحقه دين تكون المائة أكثر من ثلثه فالوصي ضامن لتلك المائة فإن خرج للميت مال لم يعلم به من دين أو عين يكون ثمن النسمة الثلث من ذلك برئ الوصي من الضمان كذا في المبسوط ولو أوصى بأن يباع عبده فيشترى بثمنه عبد يعتق عنه فباعه الوصي واشترى بثمنه عبدا فأعتقه ثم وجد بالأول عيبا فرد على الوصي ضمن الثمن فإذا باعه ثانيا من آخر فإن باع بالثمن الأول جاز العتق عن الميت وإن باع بأكثر أو أقل كان العتق عن الوصي ويعتق عن الميت عتيقا آخر بثمنه وهذا إذا رد العبد بالقضاء لأنه فسخ في حق الكل فعاد العبد إلى قديم ملك الميت لأن الرد **بالتراضي** شراء جديد في حق غير المتعاقدين فصار كأنه اشترى هذا العبد لنفسه شراء جديدا كذا في محيط السرخسي ولو لم يرد العبد بالعيب ولكن استحق رجع المشتري على الوصي بالثمن ولا يرجع على الورثة في نصيب ه م بشيء ولو أوصى بأن يشتري من ثلث ماله نسمة فتعتق عنه وماله ثلثمائة فاشترى الوصي بمائة نسمة فأعتقها وأعطى الورثة مائتين فاستحقت النسمة وردت في الرق وقبض الوصي المائة ليشتري بها نسمة أخرى فتلف منه المائة فإنه يرجع على الورثة بثلث ما أخذوا ليشتري بها نسمة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وما تقدم من المقاسمة باطل ما لم يحصل مقصود الموصي وفي قولهما مقاسمة الوصي الورثة جائزة ولا يرجع فيما أصاب الورثة بشيء وقد بطلت الوصية ولو أوصى أن يشتري له نسمة بعينها فتعتق عنه فاشتراها الوصي ثم ماتت فقد بطلت الوصية وكذلك لو جنت جناية قبل أن تعتق فدفعت بها بطلت الوصية ولو فداها الورثة كانوا متطوعين في الفداء ويعتق عن الميت ولو أوصى بعتق أمة له تخرج من ثلثه كان حالها كذلك فإن ولدت النسمة أو الأمة قبل أن تعتق فالولد رقيق للورثة وإن كان النسمة أو الأمة ذات رحم محرم من الورثة لم ت ع تق بذلك حتى تعتق عن الميت ولو أعتقها بعض الورثة عن نفسه كان العتق عن الميت وكذلك لو قال أنت حرة إن دخلت الدار أو قال بعد موتي لم تكن مدبرة ولكنها تعتق عن الميت إن دخلت الدار أو مات القائل ولو قال لها الوارث أنت حرة على ألف درهم إن قبلت فقبلت فهي حرة بغير شيء ولو أوصى أن يعتق نسمة عن شيء واجب عليه من ظهار أو غيره فإنها تعتق من ثلثه كالتطوعات وكذلك الزكاة وحجة الإسلام ولو أوصى بعتق نسمة فاشتريت له أو بعتق أمة له تخرج من الثلث فجنى عليه جناية فالأرش للورثة ولو زوجوها لم يجز ولو أوصى إلى رجل ببيع عبده هذا ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فهلك عنده ثم استحق العبد قال كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى مرة يقول يضمن الوصي ولا يرجع على أحد بشيء ثم رجع وقال يرجع الوصي بما يضمن من الثمن من مال الميت وهو قولهم كذا في المبسوط فصل الوصايا إذا اجتمعت فالثلث ل ا يخلو إما أن يسع كل الوصايا أو لا يسع الكل فإن كان يسع الكل تنفذ الوصية من الثلث في الكل سواء كانت الوصايا لله تعالى بأن كانت الوصية بالقرب من الوصية بالحج

"(١)".

" لأخويه ولأخته هؤلاء وبلغ سهام التركات كلها مائتين وثمانين سهما للمرأة من تركة الميت الأول خمسة وثلاثون سهما ولكل ابن سبعون سهما ولابنته خمسة وثلاثون سهما ثم إن المسماة سعادة أم هؤلاء الأولاد ماتت قبل قسمة ميراث الميت الأول فصار نصيبها وذلك خمسة وثلاثون من مائتين وثمانين سهما ميراثا بين أولاد هؤلاء لكل ابن عشرة وللابنة خمسة ثم مات عيسى قبل قسمة هاتين التركتين فصار نصيبه من التركتين وذلك ثمانون سهما من مائتين وثمانين سهما ميراثا بين أخويه وأخته لكل أخ اثنان وثلاثون وللأخت ستة عشر فأصاب هذا الذي حضر من هذا الصامت من تركة الميت سبعون سهما من مائتين وثمانين سهما ومن تركة الميت الثاني عشرة أسهم من خمسة وثلاثين سهما من مائتين وثمانين سهما ومن تركة الميت الثالث اثنان وثلاثون سهما من ثمانين من مائتين وثمانين سهما فجملة ما أصاب هذا الحاضر من التركات كلها من هذا الص ا مت مائة واثنا عشر سهما من مائتين سهما وهذا الذي أحضره معه يمنع عن هذا الذي حضر هذا المبلغ الذي أصابه من هذه التركات الثلاث من هذا الصامت المذكور وذلك مائة واثنا عشر سهما من مائتين وثمانين سهما وطالبه بذلك وسأل مسألته عن ذلك فسأل محضر في دعوى المنزل ميراثا عن أبيه قد مر هذا المحضر فيما تقدم إلا أن فيما تقدم وضع المسألة فيما إذا كان الوارث واحدا وهذا المحضر فيما إذا كان الوراث عددا صورته حضر وأحضر فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن جميع الدار التي في محلة كذا حدودها كذا بحدودها وحقوقها وبنائها وأرضها وسفلها وعلوها وكل حق هو لها داخل فيها وكل حق هو لها خارج منها كانت ملكا لوالده فلان بن فلان وحقه وفي يده وتحت تصرفه إلى أن توفي وخلف من الورثة ابنا له هذا المدعي وورثة أخرى له سواه من البنين فلان وفلان ومن البنات فلانة وفلانة لا وارث له سواهم فصارت هذ ه الدار المحدودة فيه ميراثا عنه لورثته هؤلاء المسمين على فرائض الله تعالى على كذا سهما حصة هذا الذي حضر كذا سهما من كذا كذا سهما واليوم كل هذه الدار في يد هذا الذي أحضره وأنه يمنع عن هذا الذي حضر حصته وذلك كذا سهما من كذا كذا سهما إلى آخره وإن كان هذا الذي حضر يدعي جميع الدار لنفسه بسبب قسمة جرت بين هؤلاء الورثة بأن ترك المتوفى سوى هذه الدار من العقار والعروض والأراضي والنقود وجرت القسمة بين هؤلاء الورثة في تركة الميت **بالتراضي** فوقعت هذه الدار في نصيب هذا الابن يكتب في المحضر وخلف من التركة هذه الدار المحدودة وترك مع هذه الدار المحدودة من العقار كذا ومن العروض كذا ومن النقد كذا وجرت القسمة صحيحة بين هؤلاء الورثة **بالتراضي** فوقعت هذه الدار في نصيب هذا المدعي الذي حضر وقبض هذا الذي حضر جميع هذه الدار بحكم هذه القسمة وقبض باقي الورثة أنصباءهم وحصصهم واليوم جميع هذه الدار ملك هذا الذي حضر بالسبب الذي ذكر وأنها في يد هذا الذي أحضره بغير حق وأنه يمنع جميع ذلك منه سجل هذه الدعوى على نسق ما تقدم ويكتب في آخره فسأل فلان المدعي هذا المذكور اسمه ونسبه في هذا السجل مني إنفاذ القضاء بما ثبت عندي على هذا المدعى عليه فأنفذت القضاء بوفاة فلان وأنه

---

(١) الفتاوى الهندية، ٦/١١٤

ترك من الورثة فلانا وفلانا وأن الدار المحدودة كانت ملكا لوالد هذا المدعي وكانت في يده وتحت تصرفه إلى أن توفي وتركها ميراثا لورثته هؤلاء المسمين إلى آخره وأن لهذا الذي حضر كذا سهما من كذا سهم من جملة هذه الدار المحدودة وأن هذا الذي أحضره معه يمنع حصة هذا الذي حضر من الدار المحدودة فيه بغير حق وأمرت هذا المدعى عليه بتسليم حصة هذا الذي حضر المذكور فيه من الدار المحدودة فيه إليه وذلك كله في مجلس قضائي وإن كان المدعي يدعي جميع هذه الدار لنفسه بالسبب الذي تقدم ذكره يكتب القاضي في آخر السجل أ نفذت القضاء بوفاة فلان وأنه ترك من الورثة فلانا وفلانا وأنه خلف من التركة الدار المحدودة

". (١)

" تسوية أمور هذا الصغير ولا بد لهذا الصغير من وصي يقوم في تسوية أموره وله عم فلان وأنه من أهل الصلاح والأمانة والديانة والكفاية والهداية في الأمور فتفحصت عن حال عم هذا الصغير هذا المذكور فأخبرني جماعة وهم فلان وفلان أنه معروف بالصلاح والديانة والأمانة مشهور بالكفاية والهداية فجعلته قيما في أسباب هذا الصغير المذكور فيه ليقوم بحفظ أسبابه وسائر أمواله وتعاهدها وصيانتها عن الإضاعة واستغلال ما هو من نتائج الاستغلال من أسبابه وقبض ارتفاعات أسبابه وحفظها وصرفها إلى وجوه مصارفها وإلى ما لا بد له من المطعوم والملبوس والمشروب من غير تقتير ولا إسراف وأوصيته في ذلك بتقوى الله تعالى وأداء الأمانة في السر والعلانية والتجنب عن الغدر والخيانة وأطلقت له الده يازده مما يحصل في يده من ارتفاعات أسبابه ليكون له معونة في هذا الأمر ونهيته عن بيع شيء من محدوداته من غير استطلاع ذي ر أي قلدته في ذلك كله بشرط الوقاية وأمرت بكتابة هذا الذكر حجة في ذلك وأشهدت عليه من حضر من الثقات وكان ذلك في تاريخ كذا كتاب إلى بعض الحكام بالناحية لقسمة التركة واختيار القيم للوارث الصغير كتابي أطال الله تعالى بقاء الشيخ الفقيه الحاكم فلان إلى آخره قد رفع إلي أن فلانا من قرية كذا توفي ثمة وخلف من الورثة ابنا صغيرا اسمه فلان وابنة كبيرة اسمها فلانة وترك أموالا كثيرة وهذه الابنة استولت على جميع أموال هذا المتوفى وتتلفها ولا بد من إفراز حصة الصغير وانتزاعها من يد هذه الكبيرة وكاتبته في ذلك لينسخ جميع التركة من المحدودات والمنقولات والحيوانات ويتفحص في ذلك عمن له خبر بذلك ويقسم جميع التركة بين هذا الصغير وهذه الكبيرة على سهامهما ويراعي في هذه القسمة العدل والإنصاف ويختار قيما ذا صلاح وعفاف وصيانة وديانة وكفاية وهداية ويبعث نسخة التركة مع المختار للقوامة إلي ل أ قلده القوامة في حق الصغير وأمضي القسمة وأسلم حصة الصغير إليه وهو موفق في إتمام ذلك إن شاء الله تعالى كذا في الذخيرة كتاب في نصب الحكام في القرى يقول القاضي فلان لما ظهر عندي صلاح فلان وصيانته وسداده وديانته وهدايته وكفايته في الأمور كلها مع ما حمله الله تعالى من حقائق الأحكام وعلمه دقائق الحلال والحرام نصبته في ناحية كذا متوسطا لفصل الخصومات بين الخصوم بتراضيهم على سبيل المصالحة بعد أن يتأمل في تلك الحادثة تأملا شافيا ولا يحابي شريفا لشرفه ولا يظلم ضعيفا لضعفه ولم آمر له أن يسمع بينة في

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٩٥/٦

حادثة من الحوادث وأن يقضي لأحد على أحد في صورة من الصور وإذا تعذر عليه فصل الخصومات **بالتراضي** يبعث الخصوم إلى مجلس الحكم وأمرته بإنكاح الأيامى الخليات عن النكاح والعدة من أكفائهن برضاهن إن لم يكن لهن ولي بمهر أمثالهن على سبيل الاحتياط وأمرته باختيار القوام في الأوقاف وأموال اليتامى من الصلحاء والثقات باتفاق من هو في سبيل منها واختيارهم وأمرته بطاعة الله تعالى وتقواه في جميع أحواله سرا وعلانية وأن يأتي بأوامره وينتهي عن زواجره فهذا عهدي إليه ومن قرأ هذا الكتاب أو قرئ عليه فليعرف حقه وحرمته ولا يخوض أحد فيما فوض إليه وليصرف نفسه عن الملامة والله الموفق للصواب كتاب في التزويج يكتب بعد الدعاء بحسب الشيخ الفقيه أيده الله تعالى بالتعرف عن حالة المسماة فلانة بنت فلان فقد خطبها فلان فإن وجدتها حرة بالغة عاقلة خالية عن النكاح والعدة وكان هذا الخاطب كفؤا لها وإن لم يكن لها ولي حاضر ولا غائب ينتظر حضوره فزوجها منه برضاها بمحضر من الشهود على صداق كذا وإن كانت صغيرة قد بلغت مبلغا تصلح للرجال إن لم يكن لها ولي حاضر ولا غائب ينتظر حضوره يكتب الكتاب على المثال الذي ذكرنا ويكتب فإن وجدتها قد بلغت مبلغا تزف إلى بيت الزوج ولم يكن لها

". (١)

" من بابها وبابها مما يلي المشرق وفيها بيوت ثلاثة بيت منها يسمى كذا وبيت منها يسمى كذا وبيت كذا وعليها غرفتان بينهما صفة وبين يديها ساحة طولها كذا وعرضها كذا بالذراع التي يذرع بها في بلدة كذا وأصاب فلانا منها بحصته الناحية التي هي عن يسار الداخل من بابها ويبين ذلك إلى آخره على ما مر وأصاب فلانا الناحية التي هي قبالة الداخل من بابها وهي منتهى هذه الدار ويشتمل كل ناحية من هذه النواحي الثلاثة على حدود أربعة فأحد حدود الناحية اليمنى لزيق كذا إلى آخره وأحد حدود الناحية اليسرى لزيق كذا إلى آخره وأحد حدود الناحية المقابلة لزيق كذا إلى آخره فوقع لكل واحد منهم بجميع حصته ونصيبه جميع الناحية التي وصفت له بحدودها كلها وحقوقها وتركوا الدهليز الذي لهذه الدار مرفوعا بينهم ممرا لجميع الحصص المسماة فيه مشاعا بينهم وفي وجه آخر على أن يفتح كل واحد منهم بابا بالقسمة إلى الطريق الأعظم أو الطريق المشترك وهو في موضع كذا قسمة صحيحة جائزة لا فساد فيها ولا خيار وقبض كل واحد منهم جميع ما وقعت عليه هذه القسمة بتسليم أصحابه جميع ذلك إليه فارغا عن كل مانع ومتاع وتفرقوا عن مجلس هذه القسمة بعد صحتها وتمامها تفرق الأبدان والأقوال بعد إقرار كل واحد منهم بمعرفة ذلك كله ورؤيته ورضاه به فما أدرك كل واحد من هؤلاء في ذلك كله أو في شيء منه أو من حقوقه من درك فعلى كل واحد من صاحبه ما يقتضيه الشرع ولا حق لكل واحد منهم فيما وقع لصاحبه ولا دعوى ولا طلب وكل دعوى يدعيها في ذلك كله فهي باطلة مردودة وأشهدوا على أنفسهم إلى آخره كذا في المحيط قسمة الدواب هذا ما شهد عليه الشهود المسمون آخر هذا الكتاب شهدوا له جميعا أن فلانا وفلانا وفلانا أقروا عندهم وأشهدوهم جميعا على إقرارهم طائعين في حال صحة أبدانهم وقيام عقولهم وجواز أمورهم أن أباهم فلانا مات وترك من الخيل كذا وكذا ميراثا بينهم ولم يترك وارثا غيرهم

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢١٤/٦

وصار ذلك موروثا بينهم أثلاثا على السوية وهي على أصناف وألوان مختلفة فمنها من الجذاع كذا وكذا ومن الثنايا كذا وكذا ومن القوارح كذا وكذا فأرادوا قسمتها بينهم وقد حصلت ميراثا لهم ليست بمشغولة بدين ولا وصية فأحضروها وقوموها بالحق والعدل فبلغت قيمتها كذا وكذا درهما ثم جعلوها أقساما بالعدل والحق من غير حيف ولا غبن فأصاب فلانا كذا وأصاب فلانا كذا وأصاب فلانا كذا أسنانها كذا وقيمتها كذا وأصاب فلانا كذا بنصيبه المشاع المسمى الموصوف في هذا الكتاب بهذه القسمة الموصوفة وعرف كل واحد منهم نصيبه من جملته وجميع ما صار له بهذه القسمة وذلك بعد إقراع منهم **بالتراضي** وإن لم يكن بينهم إقراع سكت عن ذلك وقبض كل واحد منهم من جميع ما صار لهم من ذلك بتسليم صاحبه ذلك كله إليه وأبرأ كل واحد منهم صاحبه عن كل دعوى وخصومة وطلبة كانت له في ذلك كله و أقر أنه لم يبق له قبل صاحبه ولا قبل أحدهم شيء من ذلك كله وأنه متى ادعى شيئا من ذلك فهو باطل مردود وتفرقوا عن تراض بالأبدان والأقوال فما أدرك كل واحد منهم في ذلك كله من درك فعلى صاحبه تسليم ما يقتضيه الشرع وأشهدوا إلى آخره وعلى هذا الإبل والبقر والغنم ونحوها وذكروا شياتها وألوانها بصفاتها وأما الرقيق فأبو حنيفة رحمه الله تعالى

". (١)

" لا يرى القسمة فيه جبرا وهما يريانها فإن أجبر القاضي على ذلك ورآه فهو قضاء في مختلف فيه فيصير بالإجماع ووجه كتابته هذا ما شهد إلى قولنا إن أباهم ترك كذا عبدا وكذا أمة أحد العبيد اسمه كذا وصفته كذا والآخر كذا وإحدى الإماء اسمها كذا وصفتها كذا والأخرى كذا قد بلغوا مبلغ الرجال وبلغن مبلغ النساء فأرادوا قسمتهم بينهم **بالتراضي** أو يقول بالإقراع أو يقول فترافعوا إلى القاضي أو يقول رفع فلان صاحبه إلى القاضي وطلب منه جبرهما على القسمة وكان القاضي يرى ذلك فأجبرهما على ذلك وبعث فلانا فقومهم بالعدل فبلغت قيمتهم كذا وكان بالإقراع بينهم فأقرع بينهم فأصاب فلانا كذا وفلانا كذا فإن كانوا بينهم بشراء أو بسبب آخر غير الإرث بين ذلك وفي الأمتعة والأواني والكيلي والوزني بالميراث يكتب على قياس ما مر ولكن في المثلى لا يذكر القيمة قسمة الميراث وهي أنواع هذا ما شهد عليه الشهود والمسم ون آخر هذا الكتاب إلى قولنا إن أباهم هذا المسمى في هذا الكتاب مات وترك أصنافا من الحيوان ميراثا بينهم أثلاثا فمن الحيوان من الخيل كذا فرس منه سنه كذا وشيته كذا وقيمته كذا والآخر كذا ومن الإبل كذا بعير منها كذا وناقة منها كذا ومن البغال كذا على هذا الوجه ومن الحمر كذا ومن البقر كذا ومن الغنم كذا ومن العقار كذا ويبين المواضع والحدود ويسمي الأرضين والحوانيت كذلك ومن الفرش كذا ومن الأواني كذا ومن ثياب البدن كذا ومن النقود كذا وخلف من الورثة هؤلاء البنين الثلاثة وصارت تركته بينهم أثلاثا فإن كانت الورثة مختلفين فإن كانوا أبوين وابنين وابنة وزوجة وأمثال ذلك يكتب وخلف من الورثة أبوين فلانا وفلانة وامرأة وهي فلانة وابنين وهما فلان وفلان وابنة وهي فلانة وصار ذلك ميراثا لهم على فرائض الله تعالى للمرأة الثمن وللأبوين السدسان والباقي بين الأولاد للذكر

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣٤٢/٦

مثل حظ الأنثيين أصل الفريضة من أربعة وعشرين سهما وقسمتها من مائة وعشرين سهما للمرأة منها خمسة عشر وللأبوين منها أربعون سهما لكل واحد منهما عشرون سهما ولكل ابن منها ستة وعشرون سهما وللبنت منها ثلاثة عشر سهما وقومت كل هذه التركة بتقويم أهل البصارة والعدالة فبلغت ألفين وأربعمائة درهم للمرأة من ذلك ثلثمائة درهم وللأب أربعمائة درهم وللأم كذلك ولكل ابن خمسمائة وعشرون درهما وللبنت مائتان وستون فدفع إلى المرأة بما أصابها جميع الدار التي في موضع كذا ودفع إلى الأب جميع الكرم وكذا البواقي إلى آخره كذا في الذخيرة ويكتب إذا كان الإرث حيوانات وأحبوا أن يقتسموها بينهم بتراضيهم بعد معرفتهم جميعا بأعيانها وصفاتها وقيمتها ونظرهم إليها ورؤيتهم إياها ووقوفهم عليها على صداقها وحقها وقد حصلت لهم ميراثا خاليا عن كل دين ووصية فاقتسموها بينهم فأصاب فلانا منهم بحصته من جميعها وهي كذا درهما جميع الفرس ا لمسمى كذا وجميع كذا وأصاب فلانا بحصته من جميعها وهي كذا درهما جميع كذا وجميع كذا بتراضيهم عليها بقسمة صحيحة نافذة جائزة جرت بينهم وقد يقع هذا الوجه عند جماعة فجعلوا الخيل منها قسما صحيحا وجعلوا الإبل قسما والبقر قسما والأواني قسما وتراضوا أن يقسم ذلك بينهم بالإقراع فأقرعوا بينهم فأصاب فلانا كذا وفلانا كذا وقبض كل واحد منهم جميع ما أصابه منها وأقر كل واحد منهم أنه استوفى جميع نصيبه منها ولم يبق له قبل صاحبه منها شيء وأنه أبرأه عن كل دعوى فيها ولم يكن في هذه التركة دين لأحد ولا شيء منها دينا على أحد وأنه متى ادعى شيئا من ذلك عليه فهو باطل ومردود وتفرقوا

". (١)

" إحياء الموات

ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها : فإن كانت من حيز أرض الخارج فهي خراجية وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم

وقال محمد : إن أحياها ببئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجله أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد

فهي عشرية وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية

والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دارهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دارهم

وما سوى ذلك من الأصناف يوضع عليها بحسب الطاقة فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام

وإن غلب الماء على أرض الخراج أو انقطع عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليهم وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج

ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣٤٣/٦

ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج ولا عشر في الخارج من أرض الخراج

والجزية على ضربين :

جزية توضع **بالتراضي** والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم

وعلى المتوسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما

وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا على المرتدين

ولا جزية على امرأة ولا صبي ولا زمن ولا أعمى ولا فقير غير معتمل ولا الرهبان الذين لا يخالطون الناس

ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه وإن اجتمع حولان تداخلت الجزية

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام وإذا انهدمت الكنائس البيع القديمة أعادوها

ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم ولا يركبون الخيل ولا يحملون السلاح

ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلما أو سب النبي عليه الصلاة و السلام أو زنى بمسلمة لم ينقض عهده ولا ينتقض العهد إلا بأن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربونا

وإذا ارتد المسلم عن الإسلام عرض عليه السلام فإن كانت له شبهة كشفت له ويحبسن ثلاثة أيام فإن أسلم

وإلا قتل فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره له ذلك ولا شيء على القاتل

فأما المرأة إذا ارتدت فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم

ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى فإن أسلم عادت على حالها وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما كان اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته المسلمين

وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا

فإن لحق بدرا الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته المسلمين وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام وما لزمه من الديون في حال ردته مما اكتسبه في حال ردته

وما باعه أو اشتراه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته

موقوف : فإن أسلم صحت عقوده وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت

وإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه إلى دار الإسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه

والمرتدة إذا انصرفت في مالها في حال ردتها جاز تصرفها

ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤاخذ من المسلمين من الزكاة ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم

وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية تصرف في مصالح المسلمين فتسد منها الثغور وتبنى القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم ." (١)

"

[٩٠٠-] قلت: الشرط في النكاح أن لها كذا وكذا إذا أخرجها من دارها ونحو ذلك؟

قال: لها شرطها.١

---

١ إذا شرط لها إذا أخرجها من دارها أن لها كذا وكذا فإن هذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج".

متفق عليه، ويأتي تخريجه في آخر المسألة.

ولعمومات الوفاء بالعقود والعهود، ولأن الشارع حرم مال الغير إلا عن تراض منه، ولا شك أن المرأة إذا لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط فلها ذلك، لأن شأن الفرج أعظم من المال، فإذا حرم المال إلا **بالتراضي** فالفرج أولى.

و لما روي أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر رضي الله عنه، فقال: لها شرطها. فقال الرجل: إذا يطلقننا، فقال عمر رضي الله عنه: "مقاطع الحقوق عند الشروط".

ويأتي تخريجه في آخر المسألة.

ولأنه شرط لها فيه نفع ومقصوده لا ينافي مقصود النكاح، فصح كالزيادة في المهر، فإن لم يف به فلها فسخ النكاح لأنه شرط لازم في عقد، فثبت حق الفسخ بفواته كشرط الرهن في البيع.

وعن الإمام أحمد رواية أنه لا يلزم الوفاء بهذا الشرط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل".

أخرجه: البخاري: ٢٩/٣.

ولقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا".

[] أخرجه الترمذي: ٦٢٥/٣-٦٢٦ وقال: حديث حسن صحيح

". (٢)

---

(١) الكتاب، ص/٣١٤

(٢) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ١٥٢٨/٤

"

[١٨٥٩-] قلت: في الصرف بشرط:١ ما كان من زيوف٢ رددته عليك؟

قال: هذا مكروه.

قال إسحاق: كما قال.٣

---

١ في نسخة ع: (يشترط).

٢ زافت الدراهم تزيف زيفا: من باب: سار، ردؤت، ثم وصف بالمصدر، فقيل: درهم زيف، وجمع على معنى الإسمية، فقيل: زيوف مثل: فلس، وفلوس.

قال بعضهم: الزيوف في النقود، هي العملة المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت وكانت معروفة قبل، وفي المعجم الوسيط: زافت النقود: ظهر فيها غش ورداءة. انظر: المصباح ٣١٠، والمعجم الوسيط ٤٠٩/١.

٣ قال أبوداود السجستاني في مسائله ١٨٨: سمعت أحمد بن حنبل غير مرة يكره التجارة والمعاملة بالمزيفة، والمكحلة – والمكحلة: هي التي علقها السواد بسبب كثرة الاستعمال-، وقال مرة لرجل: لا تنفق المزيف وقال في الدراهم المزيفة، أوالزيوف تجتمع عند الإنسان: لا يبيع شيئا منها ولكن يسبكها – أي: يذيبها فيجعل الصافي منها سبيكة، أي قطعة من فضة-.

وقد أجاز رد الزائف من النقود على هذه الصورة كل من الحسن البصري، وقتادة، وسفيان الثوري.

انظر: مصنف عبد الرزاق، كتاب البيوع، باب الصرف ١١٩/٨، ١٢٠.

قلت: ولعل الإمام أحمد، وإسحاق كرها ذلك لتجنب الخلاف المحتمل وقوعه بين المتصارفين عندما يفارقه قبل أن يتبين الزائف منها، ثم يردها بعد، فقد ينكر أنها دراهمه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن من شرط صحة المصارفة أن يتبادلا النقدين، ويتفرقا بعد تمام المبادلة والتراضي لقوله صلى الله عليه وسلم: "فإذا اختلفت فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد" وقد تقدم.

". (١)

"

حديث ابن عباس يتخارج أهل الميراث.

قال إسحاق: كما قال١.

قلت: قيل له: فإن اشترى طعاما، لا يسوى قيمة الذي أخذ؟

قال: غلاؤه ورخصه له، ويرجع عليه أخوه بالدراهم.

قال أحمد: لا يرجع، هذا أشنع من الأول، فإن كان يرجع عليه، فرخصه وغلاؤه عليهما، ولا يرى أحمد أن يرجع.

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٢٦٤٨/٦

قال إسحاق: كما قال.

---

١ روى البخاري تعليقا في كتاب الحوالة: باب الحوالة ٤/٤٦٤ عن ابن عباس قال: يتخارج الشريكان، وأهل الميراث فيأخذ هذا عينا، وهذا دينا، فإن توى لأحدهما، لم يرجع على صاحبه.

قال الحافظ في الفتح بعد هذا الحديث: قال ابن التين: محله ما إذا وقع ذلك **بالتراضي** مع استواء الدين، وقال ابن المنير: ووجهه أن من رضي بذلك فهلك، فهو في ضمانه كما لواشترى عينا فتلفت في يده.

وذكر عبد الرزاق في مصنفه ثلاث روايات قال في الأولى "يتخارج الشريكان" وقال في الثانية: لا بأس أن يتخارج القوم في الشركة تكون بينهم ا، وفي الثالثة قال: لا بأس أن يتخارج أهل الميراث من الدين.

انظر: المصنف كتاب البيوع: باب الشريكين يتحول كل واحد منهما ٨/٢٨٨، وروى البيهقي في السنن الكبرى مثل ذلك ٦/٦٥.

". (١)

"

....

= عمدا. فقيل له: فإن قوما يقولون: إنه إذا قتل إنما كان لهم دمه، وليس لهم الدية. قال: ليس كذلك الحديث أن أولياءه بالخيار إن شاؤوا قتلوا، وإن شاؤوا قبلوا الدية، فقد نص على أن القاتل إذا قتل تعينت الدية في تركته، وعلل بأن الواجب بقتل العمد أحد شيئين، وقد فات أحدهما، فتعين الآخر.

وهذا يدل على أنه لا يجب شيء إذا قلنا الواجب القود عينا، وهذا يقوي على قولنا: إن الدية لا تثبت إلا **بالتراضي**.

وخرج الشيخ تقي الدين وجها آخر، وقواه أنه يسقط الدية بموت القاتل، أو قتله بكل حال، معسرا كان أو موسرا، وسواء قلنا الواجب القود عينا أو أحد شيئين، لأن الدية إنما تجب بإزاء العفو، وبعد موت القاتل لا عفو، فيكون موته كموت العبد الجاني.

والعجب من القاضي في خلافه، كيف حمل هذه الرواية على أن أولياء المقتول الأول يخيرون في القاتل الثاني بين أن يقتصوا منه، أو يأخذوا الدية، وتبعه على ذلك صاحب المحرر، فحكاه رواية، ومن تأمل لفظ الرواية علم أنها لا تدل على ذلك البتة.

وقال القاضي أيضا في خلافه: الدية واجبة في التركة، سواء قلنا الواجب أحد شيئين، أو القصاص عينا، وكلام أحمد يدل على خلاف ذلك كما رأيته.

وكذلك نص عليه في رواية ابن القاسم في الرجل يقتل عمدا، ثم يقدم ليقاد منه فيأتي رجل فيقتله، قال: الولي الأول

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٦/٢٨٨٥

بالخيار: إن شاء قتل، وإن شاء أخذ الدية، فلما ذهب الدم فينظر إلى أولياء هذا المقتول الثاني، فإن هم أخذوا الدية من القاتل الأخير فقد صار ميراثا من ماله، ثم يعود أولياء الدم الأول فيأخذونها منهم بدم صاحبهم.

وكذلك نقل أبو الخطاب عن أحمد قال: إذا فاته الدم أخذ الدية من ماله إن كان له مال، لأنه مخير إن شاء أخذ الدية، وإن شاء عفا، وهذا كله تصريح بالحكم والتعليل، وجعل المطالبة بالدية لأولياء القاتل الأول، لأن الدية في ماله.

[] القواعد لابن رجب ص ٣٠٩-٣١٠، القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المائة، والمبدع ٨/٢٩٩-٣٠٠.

قال ابن قدامة: وإن مات القاتل وجبت الدية في تركته.

وقال المرداوي تعليقا: وكذا لو قتل. وهذا هو الصحيح من المذهب، نص عليه.

المقنع ٣/٣٦١، والإنصاف ١٠/٦.

." (١)

"(كتاب البيوع) إنما عقب البيع بالعبادات وأخر النكاح لأن احتياج الناس إلى البيع أعم من احتياجهم إلى النكاح لأنه يعم الصغير والكبير والذكر والأنثى والبقاء بالبيع أقوى من البقاء بالنكاح لأن به تقوم المعيشة التي هي قوام الأجسام وبعض المصنفين قدم النكاح على البيع كصاحب الهداية وغيره لأن النكاح عبادة بل هو أفضل من الاشتغال بنفل العبادة لأنه سبب إلى التوحيد بواسطة الولد الموحد وكل منهم مصيب في مقصده والبيع في اللغة عبارة عن تمليك مال بمال آخر وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد **التراضي** لما في التغالب من الفساد والله لا يحب الفساد ويقال هو في الشرع عبارة عن إيجاب وقبول في مالين ليس فيهما معنى التبرع وهذا قول العراقيين كالشيخ وأصحابه وقيل هو عبارة عن مبادلة مال بمال لا على وجه التبرع وهو قول الخراسانيين كصاحب الهداية وأصحابه وفائدته انعقاده بالتعاطي في النفيس فعند الخراسانيين ينعقد وعند العراقيين لا ينعقد وأما في الخسيس فينعقد بالتعاطي إجماعا مثل شراء البقل والخبز وأشباه ذلك والصحيح قول الخراسانيين لأن العبرة للتراضي قال رحمه الله (البيع ينعقد بالإيجاب والقبول) الانعقاد عبارة عن انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر والبيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف وإليه أشار الشيخ بقوله ينعقد ولم يقل البيع هذان اللفظان والإيجاب هو الإثبات لأنه ما كان ثابتا." (٢)

"(قوله : وهي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما في قول أبي حنيفة) في هذا تفصيل إن كانت قبل القبض فهي فسخ إجماعا ، وإن كانت بعد القبض .

فهي فسخ عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف هي بيع .

وقال محمد إن كانت بالثمن الأول ، أو بأقل فهي فسخ ، وإن كانت بأكثر ، أو بجنس آخر فهي بيع ولا خلاف بينهم أنها بيع في حق الغير سواء كانت قبل القبض ، أو بعده .

---

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه (الجامعة الإسلامية)، ٧/٣٤٣٠

(٢) الجوهرة النيرة، ٢/١٩٦

وقال زفر هي فسخ في حقهما وحق الغير ولا يقال كيف تكون فسخا في حقهما بيعا في حق غيرهما وهي عقد واحد فنقول لا يمتنع مثل ذلك في أصول الشرع ألا ترى أن الهبة بشرط العوض في حكم البيع في حق الغير ولهذا تثبت فيها الشفعة وهي في معنى الهبة في حق المتعاقدين باعتبار القبض فيها كما يعتبر في الهبة فكذا الإقالة ويقال إنما جعلت فسخا في حق المتعاقدين عملا بلفظ الإقالة ؛ لأن لفظها ينبئ عن الفسخ والرفع ، وإنما جعلت بيعا في حق غيرهما عملا بمعنى الإقالة لا بلفظها ؛ لأنها في المعنى مبادلة المال بالمال **بالتراضي** وهذا حد البيع فاعتبرنا اللفظ في حق المتعاقدين واعتبرنا المعنى في حق غيرهما عملا بالشبهين ، وإنما لم يعكس بأن يعتبر اللفظ في حق غيرهما ، والعمل بالمعنى في حقهما ؛ لأن اللفظ قائم بالمتعاقدين ، واللفظ لفظ الفسخ ، فاعتبرنا جانب اللفظ في حق المتعاقدين لقيام اللفظ بهما ، وإذا اعتبرنا لفظ الفسخ بهما تعين العمل بالمعنى في حق غيرهما لا محالة للعمل بالشبهين وفائدة قوله " فسخ في." (١)

"قوله : (ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشتري في المبيع) .

وقال زفر : لا يلحق ذلك بالعقد ويكون هبة مبتدأة إن قبضها صحت ، وإن لم يقبضها بطلت لنا أن العقد في ملكهما بدليل جواز الفسخ فيه فجاز إلحاق الزيادة به كحال العقد ولأن البيع قد يقع على جارية فتلد قبل القبض فيدخل ولدها في المبيع ، وإذا جاز إلحاق الزيادة بغير تراض من طريق الحكم فلأن يجوز مع **التراضي** أولى فإن زيد في المبيع ما لا يجوز بيعه ولا يجوز الشراء به فقبل الآخر انفسخ العقد عند أبي حنيفة وقالا الزيادة باطلة ، والعقد بحاله ، وإن زاد في الثمن بعد هلاك المبيع ، أو بعد عتقه ، أو تدبيره ، أو استيلاد الأمة جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا تجوز الزيادة وعلى هذا الخلاف إذا زاد في مهر امرأته بعد موتها عنده يجوز وعندهما لا يجوز .

وفي الهداية لا تصح الزيادة بعد هلاك المبيع في ظاهر الرو ا ية ؛ لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه – يعني بذلك الزيادة في الثمن – أما الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع ففي البقالي يجوز بخلاف الزيادة في الثمن .

قوله : (ويجوز أن يحط من الثمن) ولو حط بعد هلاك المعقود عليه جاز إجماعا .

قوله : (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) يعني أن الزيادة تلحق بالمزيد عليه فيصير مع المزيد عليه عوضا لما يقابلها من المعقود عليه فيجعل كأن المعقود من الابتداء ورد عليهما وبيانه في مسائل منها : إذا اشترى عشرة أثواب بمائة درهم فزاد." (٢)

"القبض شرط جواز الرهن ، ثم قال في الذخيرة أيضا قال شيخ الإسلام خواهر زاده : الرهن قبل القبض جائز إلا أنه غير لازم إنما يصير لازما في حق الراهن بالقبض فكان القبض شرط اللزوم لا شرط الجواز كما في الهبة ، ثم يكتفى في القبض بالتخلية وهي عبارة عن رفع المانع قبل القبض .

---

(١) الجوهرة النيرة، ٢/٢٨٠

(٢) الجوهرة النيرة، ٢/٢٩٤

وهذا هو ظاهر الرواية ؛ لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل ، والأول أصح واستدامة القبض واجبة عندنا خلافا للشافعي حتى إن عنده للراهن أن ينتفع بالرهن ولا فرق بين أن يقبضه المرتهن ، أو وكيله ولو أن الراهن ، والمرتهن تراضيا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يصح ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه وبعد **التراضي** لو أراد المرتهن أن يقبضه ليحبسه رهنا ليس له ذلك ؛ لأن الرهن لم يصح .." (١)

"(قوله : وجناية الراهن على الرهن مضمونة) ؛ لأنه بجنايته مزيل ليد المرتهن عما جنى عليه .

قوله : (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) يعني إذا كان الضمان على صفة الدين أما إذا كان من خلافه فلا بد من **التراضي** ولأنه بالجناية عليه غاصب فيضمن قيمته بالغة ما بلغت فإذا ضمن جميع القيمة كان له المقاصة من ذلك بقدر دينه ويرد الفضل على الراهن .." (٢)

"(قوله : والشفعة تجب بعقد البيع) يعني لو سلم الشفيع شفعته قبل عقد البيع فتسليمه باطل وهو على شفعته بعد العقد ، وإن سلمها بعد العقد بطلت ، وإن لم يعلم بالبيع عند التسليم لمصادفة الإسقاط حقا واجبا ، وفي المبسوط أن الشفعة تثبت بالبيع قبل ملك المشتري ألا ترى أنه لو قال : بعت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشتريت كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة لثبوت البيع بإقرار البائع ، وإن لم يثبت ملك المشتري لإنكاره ولهذا إذا اشترى دارا بشرط الخيار للمشتري تجب الشفعة بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع .

(قوله : وتستقر بالإشهاد) أي بالطلب الثاني وهو طلب التقرير ، والمعنى أنه إذا أشهد عليها لا تبطل بعد ذلك بالسكوت إلا أن يسقطها بلسانه ، أو يعجز عن إيفاء الثمن فيبطل القاضي شفعته ولا بد من طلب المواثبة ؛ لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الطلب ، والإشهاد .

(قوله : وتملك بالأخذ (هذا مشكل فقد ذكر الإمام خواهر زاده أنه إذا حكم بها حاكم ثبت الملك ، وإن لم يأخذ الدار فيحتمل أن يكون المراد وتملك بالأخذ وبما هو في معناه كحكم الحاكم وفائدة قوله " وتملك بالأخذ " تظهر فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل حكم الحاكم أو قبل التسليم إليه **بالتراضي** لا تورث عنه ، وفيما إذا باع داره المستحق بها الشفعة قبل ذلك أيضا تبطل شفعته ، وفيما إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل ذلك لا يستحق شفعتها لعدم الملك ، وفيما إذا كان كرما فأثمر في يد المشتري." (٣)

"سنين فأكله ، ثم حضر الشفيع لا يسقط شيء من الثمن لعدم الأخذ وهو مخير إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء ترك وكذا لو باعه المشتري من آخر فبيعه جائز والشفيع بالخيار إن شاء أخذه بالعقد الأول بالثمن الأول ، وإن شاء بالعقد الثاني بالثمن الثاني قال في الكرخي إذا اشترى دارا وقبضها ولها شفيع فهي في ملك المشتري يجوز تصرفه

---

(١) الجوهرة النيرة، ٣٦٧/٢

(٢) الجوهرة النيرة، ٣٩٨/٢

(٣) الجوهرة النيرة، ٦١/٣

فيها كما يجوز في سائر أملاكه ولا يمنعه وجوب الشفعة من التصرف فيها إلا أن يحكم للشفيع بها وله أن يهدم ويؤجر ، وتطيب له الأجرة .

(قوله : إذا سلمها المشتري ، أو حكم بها حاكم) لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا **بالتراضي** ، أو قضاء القاضي وللشفيع أن يمتنع من أخذ المبيع بالشفعة ، وإن بذله المشتري حتى يقضي له القاضي ؛ لأن في قضاء القاضي زيادة منفعة وهي معرفة القاضي بسبب ملكه وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين فهذا أحوط له من الأخذ بغير قضاء كذا في الخجندي .." (١)

"(قوله : وإذا) (اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ، ثم ردها المشتري بخيار رؤية ، أو شرط ، أو عيب بقضاء قاض) فأراد الشفيع أن يأخذها بالشفعة (فلا شفعة له) وإن ردها بعيب بعد القبض بغير قضاء قاض أخذها بالشفعة .

(قوله : وإن ردها بغير قضاء قاض ، أو تقايلا فللشفيع الشفعة) لأن الإقالة فسخ في حقهما بيع في حق الشفيع لوجود البيع وهو مبادلة المال بالمال **بالتراضي** وقوله : أو تقايلا قال في الكرخي سواء تقايلا قبل القبض ، أو بعده فإن للشفيع الشفعة ؛ لأنها عادت إلى البائع على حكم ملك مبتدأ ألا ترى أنها دخلت في ملكه بقبوله ورضاه فصار ذلك كالشراء منه قال في الهداية : إذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ، ثم ردها المشتري بخيار رؤية ، أو شرط ، أو عيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع ؛ لأنه فسخ من كل وجه ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه ، وإن ردها بعيب بغير قضاء ، أو تقايلا فللشفيع الشفعة ومراده الرد بالعيب بعد القبض ؛ لأن قبله فسخ من الأصل ، وإن كان بغير قضاء." (٢)

"(كتاب الصلح) هو مشتق من المصالحة وهي المسالمة بعد المخالفة وفي الشرع عبارة عن عقد وضع بين المتصالحين لدفع المنازعة **بالتراضي** يحمل على عقود التصرفات وركنه الإيجاب والقبول الموضوعان للصلح وشرطه أن يكون المصالح عنه مالا أو حقا يجوز الاعتياض عنه كالقصاص بخلاف ما إذا كان حقا لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس والدليل على جواز الصلح الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير ﴾ .

وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ﴾ وأجمعت الأمة على جوازه ، وقال عمر رضي الله عنه رددوا الخصوم لكي يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ إلا صلحا أحل حراما ﴾ هو الصلح على الخمر وقوله ﴿ أو حرم حلالا ﴾ وهو الصلح على عبد على أن لا يبيعه ولا يستخدمه .

---

(١) الجوهرة النيرة، ٦٢/٣

(٢) الجوهرة النيرة، ١٠٨/٣

وفي الهداية الحرام المذكور هو الحرام لعينه كالخمر والحلال المذكور هو الحلال لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة .." (١)

"الفسوخ لا تقبل التعليق إذا كان فيها معنى التمليك وإذا اتفقا على الرجوع في موضع لا يصح الرجوع فيه كالهبة للأرحام وشبهه جاز ثم إذا انفسخت الهبة بحكم الحاكم أو **بالتراضي** عادت إلى ملك الواهب والقبض لا يعتبر في انتقال الملك كما لا يعتبر في البيع .." (٢)

"قوله (وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها إلى آخره) وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك عنها وقوله وملكها الغاصب قال نجم الدين النسفي الصحيح عند المحققين من أصحابنا أن الغاصب لا يملك المغصوب إلا عند أداء الضمان أو القضاء بالضمان أو بتراضي الخصمين على الضمان فإذا وجد شيء من هذه الثلاثة ثبت الملك وإلا فلا وبعد وجود شيء من هذه الثلاثة إذا ثبت الملك لا يحل للغاصب تناوله إلا أن يجعله صاحبه في حل قوله (ولم يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) فيه إشارة إلى أنه إذا قضى القاضي بالضمان لا يحل له الانتفاع ما لم يؤد الضمان وليس كذلك فقد نص في المبسوط أنه يحل له الانتفاع إذا قضى القاضي بالضمان ثم إذا أدى البدل يحل له الانتفاع ؛ لأن حق المالك صار مستوفيا بالبدل فجعل مبادلة **بالتراضي** ، وكذا إذا أبر أ ه لسقوط حقه ، وكذا إذا ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه ؛ لأنه لا يقضي الحاكم إلا بطلبه .." (٣)

"(قوله ولا يقسم الجنسان بعضهما في بعض إلا بتراضيهما) لأنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها **التراضي** دون جبر القاضي .

(قوله وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق) يعني بانفراده فإن كان معه شيء آخر قسم بالاتفاق قال في الينابيع إنما لا يقسم إذا طلب القسمة بعض الشركاء دون بعض أما إذا كانت بتراضيهم جاز .

(قوله ولا الجواهر) المتفاوتة كاللؤلؤ والياقوت والزبرجد لأن هذه أجناس مختلفة لا ينقسم بعضها في بعض وأما إذا انفرد جنس منها فالتعديل فيه يمكن فيجوز قسمته وأما الرقيق فلا يمكن فيه ضبط المساواة لأن المعاني المبتغاة منهم العقل والفطنة والصبر على الخدمة والاحتمال والوقار والصدق والشجاعة والوفاء وحسن الخلق وذلك لا يمكن الوقوف عليه فصاروا كالأجناس المختلفة وقد يكون الواحد منهم خيرا من ألف من جنسه قال الشاعر ولم أر أمثال الرجال تفاوتا إلى ا لفضل حتى عد ألف بواحد ولأن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف سائر الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن

---

(١) الجوهرة النيرة، ٣/٢٣٢

(٢) الجوهرة النيرة، ٣/٢٧٩

(٣) الجوهرة النيرة، ٣/٣٢٠

الحيوانات جنس واحد وقال في الأصل إذا كان مع الرقيق شيء سواه من الثياب وغيرها قسم وأدخل فيه الرقيق تبعا قال أبو بكر الرازي : وهذا محمول على تراضي الملاك بذلك .

وقال أبو يوسف ومحمد : يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم قلنا : رقيق المغنم." (١)

"قوله (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف درهم أو يؤاجر داره وأكره على ذلك بالضرب الشديد أو بالقتل أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط هذه العقود **التراضي** قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا .

وقال زفر لا يثبت ؛ لأنه موقوف على الإجازة والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله والفساد لفقد شرطه وهو **التراضي** فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت به الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمته القيمة وإن تصرف فيه تصرفا يلحقه الفسخ كالبيع والإجارة والكتابة ونحوها فإنه ينفسخ ولم ينقطع حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي بخلاف سائر البياعات الفاسدة فإن تصرف المشتري فيها لا يفسخ لأن الفساد فيها هناك لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني وقوله أو على أن يقر لرجل بألف درهم قال في شرحه إذا أكره على أن يقر له بألف فأقر بخمسمائة فإقراره باطل ؛ لأنه مكره على الألف وعلى أبعاضها وإن أكره على أن يقر بألف فأقر بألفين لزمه الألف لأن الألف الأول أكره عليه فلم يلزمه." (٢)

"قوله (والجزية على ضربين جزية توضع **بالتراضي** والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما ﴿ صالح النبي صلى الله عليه وسلم بني نجران على ألف ومائتي حلة ﴾ ولأن الموجب هو **التراضي** فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه .

(قوله وجزية يبتدئ الإمام بوضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم) والظاهر الغناء هو صاحب المال الكثير وقيل هو الذي يملك عشرة آلاف ثم إذا كان الرجل في أكثر السنة غنيا أخذ منه جزية الأغنياء وإن كان في أكثرها فقيرا أخذ منه جزية الفقراء ومن مرض أكثر السنة لم يؤخذ منه جزية لأن المريض لا يقدر على العمل فهو كالزمن وكذا إذا مرض نصف السنة لأن الموجب والمسقط تساويا فيما طريقه العقوبة فكان الحكم للمسقط كالحدود فإن صح أكثر السنة فعليه الجزية لأن للأكثر حكم ال كل .

(قوله وعلى المتوسط الحال أربعة وعشرون درهما في كل شهر درهمان) المتوسط الحال الذي له مال لكنه لا يستغني

---

(١) الجوهرة النيرة، ٣٦/٦

(٢) الجوهرة النيرة، ٥٣/٦

به عن العمل وقيل هو من يملك مائتي درهم فصاعدا قوله (وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهم) المعتمل هو الذي يقدر على تحصيل الدراهم والدنانير بأي وجه كان وإن كان لا يحسن الحرفة أصلا قال في الهداية ولا بد أن يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في أكثر السنة ، وأما الفقير الذي ليس بمعتمل فلا جزية عليه عندنا." (١)

"كإن اشتريتك فأنت حر ؛ كما لو باشر عتقه . (أو اعتراف بحريته قبل شرائه) ؛ لأنه استنقاذ ، لا شراء حقيقة ؛ لاعترافه بحريته ، (أو تبايعا على أن لا خيار) ، كقول بائع : بعتك على أن لا خيار بيننا ، فيقول مشتر : قبلت ، ولم يزد على ذلك ؛ فلا خيار لهم ، أو أسقطا الخيار بعد البيع . (وكبيع) في ثبوت خيار مجلس ، فيه (صلح) بمعنى بيع ؛ بأن أقر له بدين أو عين ، ثم صالحه عنه بعوض ، (و) كبيع (قسمة) بمعنى بيع - وهي قسمة التراضي - (و) كبيع (هبة بمعناه) - وهي التي فيها عوض معلوم - فيثبت فيها خيار المجلس ، كالبيع ، (و) كبيع (إجارة) على عين ؛ كدار وحيوان ، أو على نفع في الذمة ؛ كخياطة ثوب ونحوه ؛ لأنه نوع من البيع ، (وكذا ما) ؛ أي : عقد (قبضه) ؛ أي : العوض فيه ، (شرط لصحته) ؛ أي : لدوامها ؛ (كصرف وسلم) (و) بيع (ربوي) من مكيل أو موزون (بربوي) ؛ كبيع بر ببر مثله ، أو شعير ؛ فيثبت فيها خيار المجلس ؛ لعموم الخبر ، ولأن موضعه النظر في الحظ ، وهو موجود هنا . ولا يثبت خيار مجلس (في حوالة) ؛ لاستقلال أحد المتعاقدين بها ، (و) لا في (وقف ، وإقالة ، وأخذ بشفعة ، ونكاح ، وإبراء ، وعتق ، وضمان ، وتلزم) هذه المذكورات جميعها (في الحال) . (ولا) خيار أيضا في (قرض ، ورهن ، وهبة بعد قبض ، ولا) خيار (في مساقاة ، ومزارعة ، وجعالة ، ووكالة ، وشركة ، ومضاربة ، وعارية ، الوديعة ، وسبق ؛ بل هي عقود جائزة ، لكل) من المتعاقدين (فسخها متى شاء) ؛ كما هو شأن العقود الجائزة . (ويبقى خيار مجلس) حيث ثبت . (ولو أقاما) ؛ أي : المتعاقدان (سنة إلى أن يتفرقا) ؛ للخبر ، بما يعده الناس تفرقا (عرفا) ؛ لإطلاق الشارع التفرق وعدم بيانه ؛ فدل أنه أراد

". (٢)

" فصل (والواجب) على الزوج (دفع قوت) من خبز وأدم ونحوه لزوجة وخادمها وكل من وجبت نفقته (لا) دفع (بدله) أي : القوت من نقد أو فلوس ، ولا يلزمه قبوله ؛ لأنه ضرر عليها إلى من يبتاعه لها ، وقد لا يحصل ، أو فيه مشقة بخروجها له أو تكليف من يمن عليها به (ولا دفع حب) ، ولا يلزمها قبوله لما فيه من تكليفها طحنه وعجنه وخبزه ، ولقول ابن عباس في قوله تعالى : ﴿ من أوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ قال : الخبز والزيت . وعن ابن عمر الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر وأفضل ما تطعموهن الخبز واللحم ؛ لأن الشرع ورد بالإيجاب مطلقا من غير تقدير ولا تقييد ، فرجع فيه إلى العرف ، وهو دفع القوت وكنفقة المماليك ؛ فإن طلبت مكان الخبز حبا أو

---

(١) الجوهرة النيرة، ٦/١٣٠

(٢) مطالب أولي النهى، ٨٤/٣

دقيقا أو دراهم ونحوها لم يلزمه بذله ، ويكون الدفع (أول نهار كل يوم بطلوع شمسه) ؛ لأنه أول وقت الحاجة إليه ، فلا يجوز تأخيره عنه (ويجوز م ا اتفقا عليه من تعجيل وتأخير) عن وقت وجوب (و) من (دفع عوض) كدراهم عن نفقة أو كسوة ؛ لأن الحق لا يعدوهما (ولكل) منهما (الرجوع) عنه بعد **التراضي** في المستقبل (وما رضيته) الزوجة (حبا فعليه) أي : الزوج (أجرة طحنه وخبزه) ؛ لأنه من مئونته ؛ وكذا ينبغي أن يقال في نفقة القريب (ولا يملك الحاكم) الذي ترافع إليه الزوجان (فرض غير الواجب كدراهم مثلا إلا باتفاقهما) أي : الزوجين ؛ فلا يجبر من امتنع منهما (ولا يلزمه

---

(١) ".

" جميع الشركاء (وهي ما لا ينقسم إلا بضرر كنقص القيمة بها) ؛ أي : القسمة (أو رد عوض) من أحدهما على الآخر (كحمام ودور صغار وشجر مفرد وأرض ببعضها بئر أو بناء أو معدن ولا تتعدل) ؛ أي : بجعلها (أجزاء ولا قيمة فتحرم إلا برضى الشركاء كلهم أو رضى ولي) غير مكلف ؛ لأن فيه إما ضرر أو رد عوض وكلاهما لا يجبر الإنسان عليه . | (وحكمها) ؛ أي : القسمة (كبيع يجوز فيها ما يجوز فيه) ؛ أي : البيع (من رد بعيب وخيار مجلس وخيار شرط وغبن وغير ذلك) من أنواع الخيار وإنما كانت بيعا لبذل صاحبه إياه عوضا عما حصل له من حق شريكه وهذا هو البيع . قال المجد : الذي تحرر عندي في ما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وإفراز في الباقي انتهى . فلا يفعلها الولي إلا إن رآها مصلحة وإلا فلا كبيع عقار موليه ولو كان بين اثنين بناء أعلى وبناء أدنى (فقال أحدهما أنا آخذ الأدنى) ؛ أي : الأسفل (ويبقى لي في الأعلى تتمة حصتي ؛ فلا إجبار) لشريكه على ذلك ؛ لما فيه من إسقاط حق شريكه من الأدنى بغير رضاه . | (ومن دعا شريكه فيها) ؛ أي : قسمة **التراضي** (إلى بيع أجبر) على البيع معه (فإن أبى) ؛ أي : امتنع شريكه من بيع معه (بيع) ؛ أي : باعه حاكم (عليهما وقسم الثمن) بينهما على قدر حصتيهما نصا (وكذا لو طلب) أحد الشريكين (الإجارة) ؛ أي : أن يؤجر شريكه معه في قسمة **التراضي** ؛ فيجبر الممتنع ولو شريكا في وقف فإن أبى أجره حاكم عليهما وقسم الأجرة بينهما على قدر حصتيهما والضرر المانع من قسمة الإجبار نقص القيمة بها سواء انتفعوا به مقسوما أو لا إذ نقص قيمته ضرر وهو منتف شرعا (وإن انفرد أحدهما) ؛ أي : الشريكين (بالضرر كرب ثلث مع رب ثلثين) وتضرر بها رب الثلث وحده وطلب أحدهما القسمة فلا إجبار

---

(٢) ".

---

(١) مطالب أولي النهى، ٦٢٢/٥

(٢) مطالب أولي النهى، ٥٥٠/٦

" (ولا يحنث بها) ؛ أي : قسمة الإجبار (من حلف لا يبيع) لأنها إفراز لا بيع (ومتى ظهر فيها) ؛ أي قسمة الإجبار (غبن فاحش) بطلت ؛ لتبين فساد الإفراز . | (ولا شفعة في نوعيها) ؛ أي : قسمة التراضي وقسمة الإجبار لأنها لو ثبت لأحدهما على الآخر لثبت للآخر عليه ؛ فيتنافيان (ويفسخان بعيب) ظهر في نصيب أحدهما (ويصح) من الشريكين (أن يتقاسما بأنفسهما وأن ينصبا قاسما) بأنفسهما لأن الحق لا يعدوهما ولهما (أن يسألا حاكما نصبه) أي : القاسم ؛ لأنه أعلم بمن يصلح للقسمة وإذا سألوه وجبت عليه إجابتهم لقطع النزاع (ويشترط إسلامه) ؛ أي : القاسم إذا نصبه حاكم (و) يشترط (عدالته) ليقبل قوله في القسمة ويشترط معرفته بها ؛ أي : بالقسمة ليحصل المقصود ؛ لأن غير العارف لا يمكنه تعديل السهام لا حريته فتصح من عبد (زاد الموفق) والشارح والزركشي (عارف بالحساب) لأنها كالخط ل لكتاب (فلا تلزم قسمة نحو كافر) كفاسق وجاهل بالقسمة (إلا برضاهم) بها كما لو اقتسموا بأنفسهم (ويتحرى القاسم العدل) ؛ أي : يعدل السهام بالأجزاء إن تساوت كالمائعات والمكيلات من الحبوب والثمار إن لم يختلف وكالأرض المتساوية جودة أو رداءه (قال الشيخ) تقي الدين (لا أعلم خلافا أن من قسم شيئا يلزمه أن يتحرى العدل . ويتبع ما هو أرضى لله ورسوله) ولا يحابي ولا يداهن ويكفي قاسم واحد حيث لم يكن في القسمة تقويم كالحاكم ولا يكفي واحد مع (تقويم) فإن احتيج الى تقويم فلا يكفي التقويم إلا بقاسمين ؛ لأنه شهادة بالقيمة فاعتبر النصاب كباقي الشهادات (وتباح أجرته) ؛ أي : إعطاؤها وأخذها ؛ لأنها عوض عن عمل لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة (وتسمى) أجرة القاسم (القسامة بضم القاف) ذكره الخطابي وحديث أبي سعيد : إياكم والقسامه . قيل وما القسامة . قال :

". (١)

" السهام بالقيمة وتجعل السهام متساوية القيمة وتخرج الأسماء على السهام كالقسم الثاني ؛ لأن التعديل هنا بالقيمة وكله يعلم مما تقدم . | (وتلزم) القسمة (بخروج قرعة) لأن القاسم كحاكم وقرعته حكم نص عليه . ولو كانت القسمة (فيما فيه رد عوض أو ضرر) إذا تراضيا عليه وخرجت القرعة ؛ إذ القاسم يجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته كقسمة الإجبار وتقدم أن قسمة التراضي يثبت فيها خيار المجلس فلعله إذا لم يكن قاسم بدليل قوله (وإن خير أحدهما) ؛ أي : الشريكين (الآخر) بأن قال : اختر أي القسمين شئت بلا قرعة ولم يكن قاسم فالقسمة تلزم (برضاهما وتفرقهما) بأبدانهما كتفرق متبايعين . فصل | (ومن ادعى) من الشركاء (غلطا) أو حيفا (فيما) فيه رد أو ضرر (تقاسماه بأنفسهما وأشهدا على رضاهما به ؛ لم يلتفت إليه ولو أتى ببينة) فلا تسمع دعواه ولا تـقبل بينته ولا يحلف غريمه لرضاه بالقسمة على ما وقع ؛ فيلزم رضاه بزيادة نصيب شريكه (وتقبل) دعواه غلطا أو حيفا (ببينة) شهدت به (فيما قسمه قاسم حاكم) لأنه حكم عليه بالقسمة وسكوته استناد الى ظاهر حال القاسم فإذا قامت البينة بغلطه كان له الرجوع فيما غلط به كمن أخذ دينه من غريمه ظانا أنه قدر حقه

(١) مطالب أولي النهى، ٥٥٨/٦

فرضي به ثم تبين نقصه ؛ فله الرجوع بنقصه (وحيث لا بينة) تشهد بالغلط (يحلف منكر) الغلط ؛ لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيها (وكذا قاسم نصباه) بأنفسهما فقسم بينهما ثم ادعى أحدهما الغلط ؛ فيقبل ببينة وإلا حلف منكر .

---

(١) ".

" | (وإن استحق بعدها) ؛ أي : القسمة (معين من حصتيهما على السواء لم تبطل) القسمة (فيما بقي) كما لو كان المقسوم عينين فاستحقت إحداهما (إلا أن يكون ضرر) المعين (المستحق في نصيب أحدهما) ؛ أي : الشريكين (أكثر من) ضرر الشريك (الآخر كسد طريقه أو سد مجرى مائه أو سد ضوئه ونحوه) مما فيه ضرر (فتبطل) القسمة ؛ لفوات التعديل (كما لو كان) المستحق (في إحداهما) ؛ أي : النصيبين وحده (أو كان شائعا ولو فيهما) ؛ أي : النصيبين ؛ لأنه شريك فإن كانت القسمة **بالتراضي** فثم شريك لم يرض . وإن كانت بالإجبار فالثالث لم يحكم عليه بالقسمة (وإن ادعى كل) من الشريكين شيئا من المقسوم (أنه من سهمه) وأنكر الآخر (تحالفا) ؛ أي : حلف كل منهما للآخر على نفي ما ادعاه (ونقضت) القسمة ؛ لأن المدعى به لا يخرج عن ملكهما ولا سبيل لدفعه لمستحقه منهما بدون نقض القسمة ؛ (ومن كان (من المقتسمين (بنى أو غرس) في نصيبه (فخرج نصيبه المقسوم مستحقا فقلع) بناءه أو غرسه (رجع على شريكه بنصف قيمته في قسمة تراض فقط) نحو إن كان بينهما داران سوية فتراضيا على أخذ كل منهما دارا منهما فخرجت إحداهما مستحقة فقلع مستحقها ما غرسه أو بناه فيها الشريك فيرجع على شريكه بنصف قيمة ذلك ؛ لأن هذه القسمة في معنى البيع فحكمها حكمه بخلاف قسمة الإجبار فإنها إفراز فإذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا وقلع غرسه أو بناءه ؛ فلا رجوع له على شريكه بشيء ؛ لأنه لم يقره ولم ينتقل إليه من جهة بيع وإنما إفراز حقه من حقه (ولمن خرج في نصيبه) من الشركاء (عيب جهله) وقت القسمة (إمساك) نصيبه المعيب (مع أخذ أرش) العيب من شريكه (كفسخ) ؛ أي : كما له فسخ القسمة كالمشتري بوجود النقص . وإن اقتسموا ؛ أي : الشركاء (دارا ذات أسطحة ؛ لم يجز لأحد) منهم (منع جريان الماء) لتقدم الاستحقاق ومحل ذلك إذا كان (بلا شرط) على منعه فإن كان ثم شرط فيوفي به ؛ لحديث : المؤمنون

---

(٢) ".

" (قال) الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمهما الله تعالى أملاء اعلم بأن النكاح في اللغة عبارة عن الوطء تقول العرب : تناكحت العرا أي تناتجت ويقول أنكحنا العرى

---

(١) مطالب أولي النهى، ٥٦٢/٦

(٢) مطالب أولي النهى، ٥٦٣/٦

فسنرى لأمر يجتمعون عليه وينظرون ماذا يتولد منه وحقيقة المعنى فيه هو الضم ومنه يقال أنكح الظئر ولدها أي ألزمه ويقال إنكح الصبر أي الزمه وقال القائل :

إن القبور تنكح الأيامى ... والنسوة الأرامل اليتامى

أي تضمهن إلى نفسها واحد الواطئين ينضم إلى صاحبه في تلك الحالة فسمي فعلهما نكاحا قال القائل : (كبكر تحب لذيذ النكاح) أي الجماع وقال القائل :

التاركين على ظهر نساءهم ... والناكحين بشطى دجلة البقرا

أي الواطئين ثم يستعار للعقد مجازا إما لأنه سبب شرعي يتوصل به إلى الوطء أو لأن في العقد معنى الضم فإن أحدهما ينضم به إلى الآخر ويكونان كشخص واحد في القيام بمصالح المعيشة

وزعم الشافعي – رحمه الله تعالى – أن اسم النكاح في الشريعة يتناول العقد فقط

وليس كذلك فقد قال الله تعالى : ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ (النساء : ٦) يعني الاحتلام فإن المحتلم يرى في منامه صورة الوطء وقال الله تعالى : ﴿ الزاني لا ينكح إلا زانية ﴾ (النور : ٣) والمراد الوطء وفي الموضع الذي حمل على العقد فذلك لدليل اقترن به من ذكر العقد أو خطاب الأولياء في قوله : ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾ أو اشتراط إذن الأهل في قوله تعالى : ﴿ فأنكحوهن بإذن أهلن ﴾ (النور : ٣٢) ثم يتعلق بهذا العقد أنواع من المصالح الدينية والدنيوية من ذلك حفظ النساء والقيام عليهن والإنفاق ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى وأمة الرسول – صلى الله عليه و سلم – وتحقيق مباهاة الرسول – صلى الله عليه و سلم – بهم كما قال : (تناكحوا تناسلوا تكثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة) وسببه تعلق البقاء المقدور به إلى وقته فإن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى قيام الساعة وبالتناسل يكون هذا البقاء وهذا التناسل عادة لا يكون إلا بين الذكور والإناث ولا يحصل ذلك بينهما إلا بالوطء فجعل الشرع طريق ذلك الوطء النكاح لأن في التغالب فسادا وفي الإقدام بغير ملك اشتباه الأنساب

وهو سبب لضياع النسل لما بالإناث من بني آدم من العجز عن التكسب والإنفاق على الأولاد فتعين الملك طريقا له حتى يعرف من يكون منه الولد فيوجب عليه نفقته لئلا يضيع وهذا الملك على ما عليه أصل حال الآدمي من الحرية لا يثبت إلا بطريق النكاح فهذا معنى قولنا إنه تعلق به البقاء المقدور به إلى وقته ثم هذا العقد مسنون مستحب في قول جمهور العلماء رحمهم الله تعالى وعند أصحاب الظواهر واجب لظاهر الأمر به في الكتاب والسنة ولما روي (أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال لعكاف بن خالد : ألك امرأة فقال لا فقال صلى الله عليه و سلم (تزوج فإنك من إخوان الشياطين) وفي رواية (إن كنت من رهبان النصارى فالحق بهم وإن كنت منا فتزوج فإن المهاجر من أمتي من مات وله زوجة أو زوجتان أو ثلاث زوجات) ولأن التحرز من الزنا فرض ولا يتوصل إليه إلا بالنكاح وما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضا وحجتنا أن النبي – صلى الله عليه و سلم – ذكر أركان الدين من الفرائض وبين الواجبات ولم يذكر من جملتها النكاح وقد كان في الصحابة رضي الله عنهم من لم يتزوج ولم ينكر عليه رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ذلك والصحابة رضي الله عنهم فتحوا البلاد ونقلوا ما جل ودق من الفرائض ولم يذكروا من جملتها النكاح وكما يتوصل بالنكاح إلى التحرز عن الزنا يتوصل بالصوم إليه

قال صلى الله عليه و سلم : (يا معشر الشبان عليكم بالنكاح فمن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) وتأويل ما روي في حق من تتوق نفسه إلى النساء على وجه لا يصبر عنهن وبه نقول إذا كان بهذه الصفة لا يسعه ترك النكاح فأما إذا لم يكن بهذه الصفة فالنكاح سنة له قال – صلى الله عليه و سلم – (ثلاث من سنن المرسلين : النكاح والتعطر وحسن الخلق) وقال صلى الله عليه و سلم : (النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني) أي ليس على طريقتي

ولهذا قال علماؤنا – رحمهم الله تعالى – النكاح أفضل من التخلي لعبادة الله في النوافل

وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – التخلي لعبادة الله تعالى أفضل إلا أن تتوق نفسه إلى النساء ولا يجد الصبر على التخلي لعبادة الله واستدل بقوله تعالى : ﴿ وسيدا وحصورا ﴾ فقد مدح يحيى صلى الله عليه و سلم بأنه كان حصورا والحصور هو الذي لا يأتي النساء مع القدرة على الإتيان فدل أن ذلك أفضل ولأن النكاح من جنس المعاملات حتى يصح من المسلم والكافر والمقصود به قضاء الشهوة وذلك مما يميل إليه الطبع فيكون بمباشرته عاملا لنفسه وفي الاشتغال بالعبادة هو عامل لله تعالى بمخالفة هوى النفس وفيه اشتغال بما خلقه الله تعالى لأجله قال الله تعالى : ﴿ وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون ﴾ (الذاريات : ٥٦) فكان هذا أفضل إلا أن تكون نفسه تواقة إلى النساء فحينئذ في النكاح معنيي تحصين الدين والنفس عن الزنا كما قال عمر رضي الله عنه أيما شاب تزوج فقد حصن ثلثي دينه فليتق الله في الثلث الباقي فـل هذا كان النكاح أفضل في حقه

وحجتنا قوله صلى الله عليه و سلم (من كان على ديني ودين داود وسليمان عليهما السلام فليتزوج) وقد اشتغل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بالتزويج حتى انتهى العدد المشروع المباح له ولا يجوز أن يقال إنما فعل ذلك لأن نفسه كانت تواقة إلى النساء فإن هذا المعنى يرتفع بالمرأة الواحدة ولما لم يكتف بالواحدة دل أن النكاح أفضل والاستدلال بحال الرسول – صلى الله عليه و سلم – أولى من الاستدلال بحال يحيى عليه السلام مع أنه كان في تشريعتهم العزلة أفضل من العشرة وفي شريعتنا العشرة أفضل من العزلة كما قال صلى الله عليه و سلم (لا رهبانية في الإسلام) وقد بينا أن النكاح مشتمل على مصالح جمة فالاشتغال به أولى من الاشتغال بنفل العبادة على ما اختاره الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى أكثر من الرغبة في النكاح حتى تطلب ببذل النفوس وجر العساكر لكن ليس المقصود بها قضاء شهوة الجاه بل المقصود إظهار الحق والعدل ولكن الله تعالى قرن به معنى شهوة الجاه ليرغب فيه المطيع والعاصي فيكون الكل تحت طاعته والانقياد لأمره مع أن منفعة العبادة على العابد مقصورة ومنفعة النكاح لا تقتصر على الناكح بل تتعدى إلى غيره وما يكون أكثر نفعا فهو أفضل قال صلى الله عليه و سلم (خير الناس من ينفع الناس) إذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب فقال بلغنا عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أنه قال لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفي ما في صحفتها فإن الله تعالى هـ و رازقها وهذا الحديث يرويه رجلان من الصحابة رضي الله عنهم

ابن عباس وجابر – رضي الله عنهما – وهو مشهور بلغة العلماء بالمقبول والعمل به ومثله حجة يجوز به الزيادة على كتاب الله تعالى عندنا وفيه دليل على حرمة نكاح المرأة على عمتها وخالتها لأن هذا النهي بصيغة الخبر وهذا أبلغ ما يكون من النهي كما أن الأمر قد يكون بصيغة الخبر قال الله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ﴾ (البقرة : ٢٢٨) الآية وقال الله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ (البقرة : ٢٣٣) والنهي يقتضي التحريم ثم ذكر هذا النهي من الجانبين إما للمبالغة في بيان التحريم أو لإزالة الإشكال

فربما يظن ظان أن نكاح بنت الأخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على بنت الأخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الأمة فبين رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ثبوت هذه الحرمة من الجانبين وقوله : لا تسأل المرأة طلاق أختها نهي بصيغة الخبر وله تأويلان

إما أن يكون المراد به الأخت دينا بأن تكون امرأتان تحت رجل وهو يحسن إليهما فتجيء إلى الزوج إحداهما وتقول : طلق صاحبتي ليتحول نصيبها إلي وهذا منهي عنه لأنه سبب للتحاسد والتنافر وقال – صلى الله عليه و سلم – (لا تحاسدوا ولا تباغضوا وكونوا عباد الله إخوانا)

أو يكون المراد به الأخت نسبا بأن تأتي المرأة إلى زوج أختها وتقول فارقها وتزوجني فإني أوفق لك وهذا منهي عنه لأنه سبب لقطيعة الرحم بينهما وقطيعة الرحم من الملاعن وإليه أشار صلى الله عليه و سلم في بعض الروايات فقال : (إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن) ومعنى قوله : (لتكفئ ما في صحيفتها) أي لتحول نصيبها إلى نفسها وروي (لتكفئ) وكلاهما لغة يقول كفأت القدر وأكفأتها إذا أملتها وأرقت ما فيها وفي بعض الروايات لتكف ما في صحفتها ومعناه لتقنع بما آتاها الله فإن الله تعالى هو رازقها والصحفة عبارة عن الحظ والنصيب وقد اشتمل الحديث على : الحتم والوعظ والندب فإن قوله : (فإن الله هو رازقها) وعظ وقوله : (لا تسأل ندب) لأنها لو فعلت ذلك جاز ولكن لا ينبغي لها أن تفعله وقوله : (لا تنكح المرأة على عمتها) حتم حتى إذا فعل ذلك لم يجز النكاح عندنا وقال عثمان البتي – رحمه الله تعالى – يجوز في غير الأختين لأن المحرم بالنص الجمع بين الأختين وهذا ناسخ لما يتلى في قوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ ونسخ الكتاب بخبر الواحد لا يجوز ولكنا نقول الحديث صحيح مقبول والعمل به واجب فلكونه مشهورا نقول يجوز نسخ الكتاب به عندنا أو نقول هذا مبين لما ذكر في الكتاب وليس بناسخ لأن الحل في الكتاب مقيد بشرط مبهم وهو قوله تعالى ﴿ أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ﴾ (النساء : ٢٤) وهذا الشرط مبهم فالحديث ورد لبيان ما هو مبهم في الكتاب ورسول الله – صلى الله عليه و سلم – بعث مبينا قال الله تعالى ﴿ لتبين للناس ما نزل إليهم ﴾ أو نقول هذا الحديث مقرر للحرمة المذكورة في الكتاب فإن الله تعالى ذكر في المحرمات الجمع بين الأختين لأن بينهما رحما يفترض وصلها ويحرم قطعها وفي الجمع قطيعة لرحم على ما يكون بين الضرائر من التنافر فبين رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أن كل قرابة يفترض وصلها فهي في معنى الأختية في تحريم الجمع والتي بين العمة وبنت الأخ قرابة يفترض وصلها حتى لو كان أحدهما ذكرا والأخرى أنثى لم يجز للذكر أن يتزوج الأنثى صيانة للرحم وإذا ملكه عتق عليه تحرزا عن قطيعة الرحم فكان الحديث مقررا للحرمة المذكورة في القرآن لا أن يكون ناسخا

(قال) (وبلغنا عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال : لأمنعن النساء فروجهن إلا من الأكفاء) وفي هذا دليل على أن للسلطان يدا في الأنكحة فقد أضاف المنع إلى نفسه وذلك يكون بولاية السلطنة وفيه دليل أن الكفاءة في النكاح معتبرة وأن المرأة غير ممنوعة من أن تزوج نفسها ممن يكافئها وأن النكاح ينعقد بعبارتها (قال) (وبلغنا عن النبي – صلى الله عليه و سلم – أنه قال (البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها والثيب تشاور)) ومعنى قوله تستأمر في نفسها أي في أمر نفسها في النكاح فهو دليل على أنه ليس لأحد من الأولياء أن يزوجها من غير استئمارها أبا كان أو غيره وقيل معناه تستأمر خالية لا في ملأ من الناس لكيلا يمنعها الحياء من الرد إذا كانت كارهة ولا تذهب حشمة الولي عنه بردها قوله وإذنها صماتها وفي بعض الروايات سكوتها رضاها وذلك دليل على أن رضاها شرط وأن السكوت منها دليل على الرضا فيكتفي به شرعا لما روي أن عائشة – رضي الله عنها – قالت : يا رسول الله إنها تستحي فتسكت فقال صلى الله عليه و سلم : (سكوتها رضاها) ومعنى هذا أنها تستحيي من إظهار الرغبة في الرجال وإذا استؤمرت فلها جوابان : نعم أو لا وسكوتها دليل على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبين ذلك الجواب وهو الرضا دون الإباء إذ ليس في الإباء إظهار الرغبة في الرجال

وقد يكون السكوت دليل الرضا كسكوت الشفيع بعد العلم بالبيع وسكوت المولى عند رؤيته تصرف العبد عن الحجر عليه

وقوله : (والثيب تشاور) دليل على أنه لا يكتفي بسكوت الثيب فإن المشاورة على ميزان المفاعلة ولا يحصل ذلك إلا بالنطق من الجانبين وبظاهره يستدل الشافعي على أن الثيب الصغيرة لا يزوجها أحد حتى تبلغ فتشاور ولكنا نقول هذا اللفظ يتناول ثيبا تكون من أهل المشاورة والصغيرة ليست بأهل المشاورة فلا يتناولها الحديث

(قال) (وبلغنا عن إبراهيم رحمه الله تعالى قال البكر تستأمر في نفسها فلعل بها داء لا يعلمه غيرها) قيل معنى هذا لعلها رتقاء أو قرناء وذلك في باطنها لا يعلمه غيرها فإذا زوجت من غير استئمارها لا يحصل المقصود بالنكاح وينهتك سترها وقيل معناه لا تشتهي صحبة الرجال لمعنى في باطنها من غلبة الرطوبة أو نحو ذلك فإذا زوجت بغير استئمارها لا تحسن العشرة مع زوجها أو لعل قلبها مع غير هذا الذي تزوج منه فإذا زوجت بغير استئمارها لم تحسن صحبة هذا الزوج ووقعت في الفتنة لكون قلبها مع غيره وأي داء أدوى من العشق

(قال) (وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال (لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة) وفيه دليل على أن نكاح الأمة على الحرة لا يجوز وأن هذه الحرمة ثابتة شرعا رضيت الحرة أو لم ترض وهو مذهبنا

وقال مالك – رحمه الله تعالى – إذا رضيت الحرة جاز قال : لأن المنع لحق الحرة لا للجمع بدليل أنه إذا تقدم نكاح الأمة بقي نكاحها بعد الحرة والجمع موجود فدل أن المنع لحق الحرة وهو أنه يغصها إدخال ناقصة الحال في فراشها وذلك ينعدم برضاها ولكنا نقول المنع ليس لحقها بل لأنها ليست من المحللات مضمومة إلى الحرة وهي من المحللات منفردة عن الحرة فإن الحل برقها يتنصف كما ينتصف برق الرجل على ما نبينه – إن شاء الله تعالى – فإذا تزوجها على الحرة فهذا حال ضمها إلى الحرة وهي ليست من المحللات في هذه الحالة وهذا المعنى لا يزول برضاها

فلهذا لا يجوز النكاح والكلام فيه أن هذا الحديث ناسخ لما في الكتاب أو مبين بطريق التخصيص على نحو ما بينا في الحديث الأول

ثم ذكر هذا اللفظ عن علي رضي الله عنه أيضا وزاد فيه وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث وبه نأخذ فإن القسم ينبني على الحل الذي ينبني عليه النكاح وحظ الأمة فيه على النصف من حظ الحرة

وزعم بعض العلماء – رحمهم الله تعالى – أنه يسوى بينهما في القسم كما يسوى بينهما في النفقة للمساواة بينهما في الملك والحاجة ولكنا نقول لا يسوى بينهما في النفقة أيضا فالحرة تستحق نفقة خادمها كما تستحق نفقة نفسها والأمة لا تستحق النفقة إلا أن يبوئها المولى بيتا مع زوجها

(قال) (وبلغنا عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال إن بعض العرب كان في الجاهلية يستحل الرجل نكاح امرأة أبيه فإذا مات أبوه ورث نكاحها عنه فأنزل الله تعالى قوله ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ (النساء : ٢٢) الآية وأنزل الله تعالى قوله ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ (النساء : ٢٣) الآية) وإن العرب في الجاهلية كانوا فريقين : فريق يعتقدون الإرث في منكوحة الأب ويقولون إن ولد الرجل إذا لم يكن منها يخلفه في نكاحها كما يخلفه في ملكه فيطأها بغير عقد جديد رضيت أو كرهت وفيه نزل قوله تعالى ﴿ لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ﴾ وبعضهم كانوا يعتقدون أنها تحل له بعقد جديد وأنه متى رغب فيها فهو أحق بها من غيره وفيه نزل قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ (النساء : ١٩)

وكانوا في الجاهلية يسمون الولد الذي يكون بينهما ولد المقت وإليه أشار الله تعالى في قوله ﴿ إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾ (النساء : ٢٢) وقوله تعالى ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ معناه أن ما قد سلف في الجاهلية فإنكم لا تؤاخذون بذلك إذا خليتم سبيلهن بعد العلم بالحرمة وقيل : معناه : ولا ما قد سلف فإن كلمة إلا قد تكون بمعنى ولا قال الله تعالى ﴿ إلا الذين ظلموا منهم ﴾ فيكون المعنى أنه كما لا يحل ابتداء العقد بعد نزول الحرمة لا يحل امساك ما قد سلف بعد نزول الحرمة لكيلا يظن ظان أن هذه الحرمة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء كحرمة العدة فأما قوله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ (النساء : ٢٣) ففيه بيان المحرمات والحاصل أن المحرمات أربعة عشر : سبع من جهة النسب وسبع من جهة السبب

أما من جهة السبب فالأمهات بقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ (النساء : ٢٣) فأم الرجل حرام عليه وكذلك جداته من قبل أبيه ومن قبل أمه فعلى قول من يقول إن اللفظ الواحد يجوز أن يراد به الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين يقول حرمت الجدات بالنص لأن اسم الأمهات يتناولهن مجازا وعلى قول من يقول : لا يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز يقول : حرمت الجدات بدليل الإجماع إذ الأمهات هن الأصول وهو حقيقة معنى هذا الاسم وذلك يجمع الكل إلا أن إطلاق الاسم في الأم الأدنى دون غيرها لدليل العرف فعلى هذا يتناول النص الجدات حقيقة

والثاني : البنات فعلى القول الأول حرمة بنات البنات وبنات البنين وإن سفلن ثابتة بالنص أيضا لأن الاسم يتناولهن مجازا وعلى القول الآخر حرمتهن بدليل الإجماع على ما بينا

والثالث : الأخوات تثبت حرمتهن بقوله تعالى : ﴿ وأخواتكم ﴾ وهن أصناف ثلاثة : الأخت لأب وأم والأخت لأب والأخت لأم وهن محرمات بالنص فالأختية عبارة عن المجاورة في الرحم أو في الصلب فكان الاسم حقيقة يتناول الفرق الثلاث

والرابع : العمات تثبت حرمتهن بقوله تعالى ﴿ وعماتكم ﴾ ويدخل في ذلك أخوات الأب لأب وأم أو لأب أو لأم

والخامس : الخالات تثبت حرمتهن بقوله تعالى ﴿ وخالاتكم ﴾ ويدخل في ذلك أخوات الأم لأب وأم أو لأب أو لأم

والسادس : بنات الأخ تثبت حرمتهن بقوله تعالى : ﴿ وبنات الأخ ﴾ (النساء : ٢٣) ويدخل في ذلك بنات الأخ لأب وأم أو لأب أو لأم

والسابع : بنات الأخت تثبت حرمتهن بقوله تعالى : ﴿ وبنات الأخت ﴾ ويستوي في ذلك بنات الأخت لأب وأم أو لأب أو لأم

وأما السبع اللاتي من جهة النسب : الأمهات من الرضاعة

والأخوات تثبت حرمتهن بقوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ (النساء : ٢٣) والحاصل أنه يثبت بالرضاع من الحرمة ما يثبت بالنسب قال صلى الله عليه و سلم (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

والثالث : أم المرأة فإن من تزوج امرأة حرمت عليه أمها تثبت بقوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ﴾

وهذه الحرمة تثبت بنفس العقد عندنا وكان بشر المريسي وابن شجاع - رحمهما الله تعالى - يقولون : لا تثبت إلا بالدخول بالبنت وهو أحد قولى الشافعي - رحمه الله تعالى

ومذهبنا مذهب عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - وإليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه - حين ناظره عمر - رضي الله عنه - ومذهبهم مذهب علي وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ الآية والأصل : أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة بعضه على بعض ينصرف إلى جميع ما سبق ذكره

ولكنا نستدل بحديث عبدالله بن عمر - رضي لله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال (من تزوج امرأة حرمت عليه أمها دخل بها أو لم يدخل وحرمت عليه ابنتها إن دخل بها) وكان ابن عباس - رضي الله عنهما - يقول : (أم المرأة مبهمة فأبهموا ما أبهم الله) بين أن الشرط المذكور ينصرف إلى الربائب دون الأمهات وهذا هو الظاهر لغة فالنساء المذكورة في قوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ مخفوضة بالإضافة وفي قوله : (من نسائكم) مخفوض بحرف من والمخفوضات بأداتين لا ينعتان بنعت واحد ألا ترى أنه لا يستقيم أن يقول مررت بزيد إلى عمرو الظريفين وهو الأصل في اللغة أن المعمول الواحد لا يكون بعاملين فلو جعلنا قوله وربائبكم عطفا لصار قوله من نسائكم مخفوضا بحرف من وبالإضافة جميعا وذلك لا يجوز فعرفنا أن قوله (وربائبكم) ابتداء بحرف الواو وأن أمهات النساء

مبهمة كما قال ابن عباس رضي لله عنهما فأما حرمة الربيبة وهي بنت المرأة لا تثبت الحرمة إلا بالدخول بالأم لقوله تعالى ﴿ من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ (النساء : ٢٣) ولأن الربائب ليس في معنى الأمهات فالظاهر من العبارة أن أم الزوجة تبرز إلى زوج بنتها قبل الدخول وأما بنت المرأة لا تبرز إلى زوج أمها قبل الدخول بالأم واختلفت الصحابة رضي الله عنهم أن الحجر هل ينتصب شرطا لهذه الحرمة أو لا فكان علي – رضي الله عنه – يقول : الحجر شرط لقوله تعالى ﴿ وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ ولما روي أنه عرض على رسول لله – صلى الله عليه و سلم – زينب بنت أم سلمة رضي الله عنهما . فقال : (لو لم تكن ربيبتي في حجري ما كانت تحل لي أرضعتني وأباها ثوبية) فأما عمر وابن مسعود – رضي لله عنهما – كانا يقولان الحجر ليس بشرط وبه أخذ علماؤنا – رحمهم الله تعالى – للحديث الذي رويناه

وتفسير الحجر وهو أن البنت إذا زفت مع الأم إلى بيت زوج الأم فهذه كانت في حجره وإذا كانت مع أبيها لم تكن في حجر زوج الأم وإنما ذكر الحجر في الآية على وجه العادة فإن بنت المرأة تكون في حجر زوج أمها لا على وجه الشرط مثل قوله تعالى : ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ﴾ (النور : ٣٣) مذكور على وجه العادة لا على وجه الشرط ألا ترى أنه قال : ﴿ فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾ (النساء : ٢٣) شرط للحل عدم الدخول فذلك دليل على أنه بعد ما دخل بالأم لا تحل له البنت قط سواء كانت في حجره أو لم تكن ولا يحل له أن يجمع بين الأم والبنت وإن لم يكن دخل بالأم لأن القرابة التي بينهما أقوى من القرابة التي بين المرأة وعمتها وقد بينا أن هناك لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فهنا أولى فأما إذا طلق الأم قبل أن يدخل بها أو ماتت يحل له أن يتزوج البنت وكان زيد – رحمه الله تعالى – يفرق بين الطلاق والموت فيقول بالموت ينتهي النكاح . حتى يتقرر به كمال المهر فنزل ذلك منزلة الدخول ولكنا نقول : هذه الحرمة تعلقت شرعا بشرط الدخول فلو أقمنا الموت مقامه كان ذلك بالرأي وكما لا يجوز نصب شرط بالرأي لا يجوز إقامة شرط مقام شرط بالرأي فأما حليلة الابن على الأب حرام سواء دخل الابن بها أو لم يدخل لقوله تعالى : ﴿ وحلائل أبنائكم ﴾ (النساء : ٢٣) سميت حليلة لأنها تحل للابن من الحل أو هو مشتق من الحلول على معنى أنها تحل على فراشه وهو يحل في فراشها

وكما تحرم حليلة الابن نسبا فكذلك حليلة الابن من الرضاع عندنا

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا تحرم حليلة الابن من الرضاع بناء على أصله أن لبن الفحل لا يحرم واستدل بالتقييد المذكور هنا بقوله من أصلابكم

ولكنا نستدل بقوله – صلى الله عليه و سلم – (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) والمراد بقوله تعالى ﴿ من أصلابكم ﴾ بيان إباحة حليلة الابن من التبني فإن التبني انتسخ بقوله تعالى : ﴿ أدعوهم لآبائهم ﴾ (الأحزاب : ٥) وكان النبي – صلى الله عليه و سلم – تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا : إنه تزوج حليلة ابنه وفيه نزل قوله تعالى ﴿ ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ﴾ (الأحزاب : ٤٠) فهذا التقييد هنا لدفع طعن المشركين وكما تحرم حليلة الابن فكذلك حليلة ابن الإبن وإن سفل لأن اسم الابن يتناوله مجازا فإن قيل ابن الابن لا يكون من صلبه فكيف يصح تعدية هذا التحريم إليه مع هذا التقيد قلنا مثل هذا اللفظ يذكر باعتبار أن الأصل

من صلبه كقوله تعالى ﴿ هو الذي خلقكم من تراب ﴾ (غافر : ٦٧) والمخلوق من التراب هو الأصل وكذلك منكوحة الأب حرام على الابن د خل بها الأب أو لم يدخل لقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ وكما يحرم على الابن يحرم على النوافل من قبل الرجال والنساء جميعا لأن اسم الأب يتناول الكل مجازا فأما قوله تعالى ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ معناه حرم عليكم أن تجمعوا بين الأختين لأنه معطوف على أول الآية والجمع بين الأختين نكاحا حرام وكذلك الجمع بينهما فراشا حتى لا يجمع بين الأختين وطئا بملك اليمين وهو مذهب علي وابن مسعود وعمار بن ياسر – رضوان الله عليهم – فإنه قال : ما حرم الله تعالى من الحرائر شيئا إلا وحرم من الإماء مثله إلا رجل يجمعهن يريد به الزيادة على الأربع وكان عثمان – رضي الله عنه – يقول : أحلتهما آية وحرمتهما آية يريد بآية التحليل قوله تعالى ﴿ أو ما ملكت أيمانكم ﴾ وبآية التحريم قوله تعالى ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ فكان يتوقف في ذلك ولكنا نقول عند التعارض يترجح جانب الحرمة

ويتأيد هذا بقوله صلى الله عليه و سلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم أختين ولأن المراد من قوله ﴿ وأن تجمعوا ﴾ حرمة الجمع فراشا كما أن قوله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ يقتضي حرمة الاستفراش بأي سبب كان والجمع فراشا يحصل بالوطء بملك اليمين فلهذا يحرم عليه الجمع بينهما فإن تزوجهما في عقدة واحدة بطل نكاحهما لأنه لا وجه لتصحيح نكاح إحداهما بغير عينها فإن النكاح عقد تمليك فلا يثبت في المجهولة ابتداء ولا بعينها إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى ولا يمكن تصحيح نكاحهما لأن الجمع محرم بالنص فتعين البطلان وإن نكح إحداهما قبل الأخرى فنكاح الأولى جائز لأن بهذا العقد لا يصير جامعا ونكاح الثانية فاسد لأن بهذا العقد يصير جامعا بين الأختين فتعين فيه جهة البطلان فيفرق بينهما فإن لم يكن دخل بها فلا شيء لها عليه وإن كان قد دخل بها فعليها العدة ولها الأقل من المسمى ومن مهر المثل لأن الدخول حصل بشبهة صورة النكاح فيسقط به الحد ويجب المهر والعدة كما إذا زفت إليه غير امرأته وحكم ذلك مروي عن علي – رضي الله عنه

فأما وجوب الأقل من المسمى ومن مهر المثل فهو مذهبنا

وعند زفر رحمه الله تعالى يجب مهر المثل بالغا ما بلغ لأن الواجب عند فساد العقد بدل المتلف ألا ترى أن المقبوض بحكم الشراء الفاسد يكون مضمونا بالقيمة بالغة ما بلغت عند الإتلاف فكذلك المستوفي بالنكاح الفاسد ولكنا نقول المستوفي بالوطء ليس بمال فإنما يتقدر بالمال بالتسمية

إلا أن المسمى إذا كان أكثر من مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية فإذا كان أقل لم تجب الزيادة على قدر المسمى لانعدام التسمية فيه ولتمام **التراضي** على قدر المسمى بخلاف المبيع فإنه مال متقوم بنفسه فبدله يتقدر بالقيمة وإنما يتحول عنه إلى المسمى إذا صحت التسمية فإذا لم تصح لفساد العقد كان مضمونا بالقيمة ثم يعتزل عن امرأته حتى تنقضي عدة الأخرى سواء دخل بالأولى أو لم يدخل بها لأن رحم المعتدة مشغول بمائه حكما ولو وطئ الأخرى في هذه الحالة صار جامعا ماءه في رحم الأختين وذلك حرام شرعا ولكن أصل نكاح الأولى بهذا لا يبطل لأن اشتغال رحم الثانية عارض على شرف الزوال فلا يبطل ذلك أصل النكاح كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة ووجبت عليها

العدة لا يكون للزوج أن يطأها حتى تنقضي عدتها ولا يبطل نكاحها ولا تتزوج المرأة في عدة أختها منه من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن أو غير بائن

وعلى قول الشافعي – رحمه الله تعالى – إن كانت تعتد منه من طلاق رجعي فليس له أن يتزوج أختها وإن كان من ثلاث أو خلع فله أن يزوج أختها في عدتها وقد روي مثل مذهبه عن زيد بن ثابت – رضي الله عنه – إلا أن أبا يوسف – رحمه الله تعالى – ذكر في الأمالي رجوع زيد – رضي الله عنه – عن هذا القول وذكر الطحاوي – رحمه الله تعالى – قول زيد الآخر أنه ليس له أن يتزوجها وحكي أن مروان شاور الصحابة – رضي الله عنهم – في هذا فاتفقوا على أنه يفرق بينهم وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم وقال عبيدة السلماني ما اجتمع أصحاب رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وBهم – على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت والمحافظة على الأربع قبل الظهر وذكر سلمان بن بشار عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم المنع عن نكاح الأخت المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث

وكان الحسن البصري – رحمه الله تعالى – يقول إن كانت حاملا فليس له أن يتزوج أختها وإن كانت حائلا فله أن يتزوجها وحجة الشافعي – رحمه الله تعالى – أن النكاح مرتفع بينهما بجميع علائقه فيجوز له نكاح أختها كما بعد انقضاء العدة ودليل الوصف أنه لو وطئها وقال علمت أنها علي حرام يلزمه الحد ولو جاءت بولد لأكثر من سنتين حتى علم أن العلوق كان في العدة لم يثبت النسب ولو بقيت بينهما علاقة من علائق النكح لسقط به الحد وثبت النسب والعدة الواجبة أثر ماء محترم لأنها من حقوق النكاح حتى لا يجب بدون توهم الدخول وما كان من العدة لحق النكاح لا يعتبر فيه توهم الدخول كعدة الوفاة وإذا ثبت الوصف فتأثيره أن المحرم هو الجمع بينهما نكاحا فلا يصير جامعا بهذا حتى لم يبق بينه وبين الأولى علقة من علائق النكاح والمقصود من هذا التحريم صيانة الرحم عن القطيعة التي تكون بسبب المنازعة بينهما في القسم وذلك لا يتحقق بعد الخلع والتطليقات الثلاثة

(ولنا) أن هذه معتدة على الإطلاق فليس له أن يتزوج بأختها كالعدة من طلاق رجعي وهذا لأن العدة حق من حقوق النكاح ألا ترى أنها لا تجب بدون النكاح أو شبهة النكاح ولا معنى لما قال إن وجوبها بماء محترم لأنه إن اعتبر أصل الماء فهو موجود في الزانية ولا عدة وإن اعتبر الماء المحترم فاحترام الماء يكون بالنكاح والدليل عليه أن العدة تختلف بالرق والحرية واشتغال الرحم بالماء لا يختلف وإنما يختلف ملك النكاح لتفاوت بينهما في الحل الذي ينبني عليه النكاح فعرفنا أنه من حقوق النكاح ولكن حق النكاح بعد ارتفاعه إنما يبقى إذا كان النكاح متأكدا وتأكده بالموت أو بالدخول ولهذا لا تجب العدة على المطلقة قبل الدخول وإذا ثبت أنه من حقوق النكاح فالحق يعمل عمل الحقيقة في إثبات الحرمة كما أن حق ملك اليمين للمكاتب كحقيقة ملك اليمين للحر في المنع من نكاح أمته وكما أن الرضاع في التحريم ينزل من ز لة النسب لأنه في البعضية بمنزلة الحق من الحقيقة والدليل عليه أن في جانبها جعل الحق كالحقيقة في حق المنع من التزوج فكذلك في جانبه ونحن نسلم ارتفاع ملك النكاح بجميع علائقه إنما ندعي بقاء الحق وهذا الحكم عندنا يثبت بدون ملك النكاح فإن بالنكاح الفاسد أصل الملك لا يثبت ثم يكون ممنوعا من نكاح أختها وكما يلزمه الحد إذا وطئها يلزمها الحد إذا مكنت نفسها منه ولا يدل ذلك على زوال المنع من جانبها فكذلك من جانبه

وكما لا يجوز له أن يتزوج أختها في عدتها فكذلك لا يجوز أن يتزوج أحدا من محارمها لأنهما في معنى الأختين في حرمة الجمع بينهما وكذلك لا يجوز له أن يتزوج أربعا سواها في عدتها لأن الجمع بين الخمس حرام بالنكاح بمنزلة الجمع بين الأختين

(قال) (ولا يحل له أن يجمع بين امرأتين ذواتي رحم محرم من نسب أو رضاع) لأن الرضاع في حكم الحرمة بمنزلة النسب وبهذا تبين أن في المنصوص لا يعتبر المعنى وإن المعتبر حرمة الجمع بالنص لا صيانة الرحم عن القطيعة فإنه ليس بين الأختين من الرضاعة قرابة يفترض وصلها ثم كان الجمع بينهما حراما فإن تزوجها فهو على ما بينا في الأختين نسبا زاد في التفريع هنا فقال : إن تزوجهما في عقده ودخل بهما فرق بينه وبينهما وعليهما العدة وإنما تصير كل واحدة منهما شارعة في العدة من وقت التفريق عندنا وقال زفر – رحمه الله تعالى – من آخر الوطآت وكذلك في كل نكاح فاسد لأن وجوب العدة بسبب الوطء فيعتبر من آخر الوطآت ولكنا نقول الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق ألا ترى إن وطئها قبل التفريق لا يلزمه الحد وبعده يلزمه فلا تصير شارعة في العدة ما لم ترتفع الشبهة وذلك بالتفريق بينهما و الدليل على أن المعتبر هو الشبهة أنه وإن وطئها مرارا لا يجب إلا مهر واحد لاستناده إلى شبهة واحدة إذا ثبت هذا فنقول بعد ما فرق بينه وبينهما ليس له أن يتزوج واحدة منهما حتى تنقضي عدة الأخرى لأن الأخرى في عدته وعدة الأخت تمنع نكاح الأخت فإن انقضت عدتهما معا فله أن يتزوج أيتهما شاء وإن انقضت عدة إحداهما فليس له أن يتزوج التي انقضت عدتها لأن الأخرى معتدة وله أن يتزوج المعتدة لأن الأخرى منقضية العدة وعدة هذه لا تمنع صاحب العدة من نكاحها إنما تمنع غيره من ذلك وكذلك لو كان دخل بإحداهما ثم فرق بينه وبينهما فالعدة على التي دخل بها دون الأخرى وله أن يتزوج المعتدة ولا يتزوج الأخرى حتى تنقضي عدة المعتدة لما بينا

(قال) (وإذا وطئ الرجل امرأة بملك يمين أو نكاح أو فجور يحرم عليه أمها وابنتها وتحرم هي على آبائه وأبنائه) وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – : إن كان الوطء بنكاح أو ملك يمين فكذلك الجواب وإن كان بالزنا لا تثبت به الحرمة واستدل بقوله – صلى الله عليه و سلم – (الحرام لا يحرم الحلال) وهكذا رواه ابن عباس – رضي الله عنه – وروى أبو هريرة – رضي الله عنه – (أن النبي – صلى الله عليه و سلم – سئل عمن يبتغي من امرأة فجورا ثم يتزوج ابنتها فقال لا بأس لا يحرم الحرام الحلال) وقالت عائشة – رضي الله عنها – (سئل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – عن رجل يبتغي من امرأة حراما ثم يتزوج ابنتها فقال يجوز لا يحرم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان من قبل النكاح) وعلل الشافعي – رحمه الله تعالى – في كتابه فقال : النكاح أمر حمدت عليه والزنا فعل رجمت عليه فأنى يستويان ومعنى هذا أن ثبوت حرمة المصاهرة بطريق النعمة والكرامة فإن الله تعالى من به على عباده بقوله تعالى ﴿ فجعله نسبا وصهرا ﴾ وهو معقول فإن أمهاتها وبناتها يصرن كأمهاته وبناته حتى يخلو بهن ويسافر بهن وهذا يكون بطريق الكرامة والزنا المحض سبب لإيجاب العقوبة فلا يصلح سببا لإيجاب الحرمة والكرامة ألا ترى أنه لا يثبت به النسب والعدة فكذلك حرمة المصاهرة وحجتنا في ذلك قوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ (النساء : ٢٢)

وقد بينا أن النكاح للوطء حقيقة فتكون الآية نصا في تحريم موطوءة الأب على الابن فالتقيد بكون الوطء حلالا زيادة ولا تثبت هذه الزيادة بخبر الواحد ولا بالقياس

والدليل عليه أن موطوءة الأب بالملك حرام على الابن بهذه الآية فدل أن المراد بالنكاح الوطء لا العقد وقد نقل مثل مذهبنا عن ابن مسعود وابن عباس وأبي بن كعب وعمران بن حصين (رضي الله عنهم) بألفاظ مختلفة والمعنى فيه أنه وطء في محله فيكون موجبا للحرمة كالوطء بالنكاح وملك اليمين وتفسير الوصف أن الوطء في هذا المحل محرم لكونه مثبتا لأن هذا الفعل حرث والحرث لا يكون إلا في محل مثبت وكون المحل مثبتا لا يختلف بالملك وعدم الملك وتأثيره أن ثبوت الحرمة بسبب هذا الوطء في الملك ليس لعين الملك بل لمعنى البعضية لأن الولد الذي يتخلق من الماءين يكون بعضا لكل واحد منهما فتتعدى شبهة البعضية إلى أمهاتها وبناتها وإلى آبائه وأبنائه والشبهة تعمل عمل الحقيقة في إيجاب الحرمة وهذا المعنى لا يختلف بالملك وعدم الملك لأن سبب البعضية حسي وإنما تكون هذه البعضية موجبة حرمة الموطوءة لأن البعضي ة الحكمية عملها كعمل حقيقة البعضية وحقيقة البعضية توجب الحرمة في غير موضع الضرورة فأما في موضع الضرورة لا توجب ألا ترى أن حواء عليها السلام خلقت من آدم عليه السلام فكانت بعضه حقيقة وهي حلال له فكذلك شبهة البعضية إنما توجب الحرمة في غير موضع الضرورة وفي حق الموطوءة ضرورة وهذا لأن العلل الشرعية إمارات لا موجبات فلهذا ثبت الحكم بها في الموضع الذي جعلها الشرع علة وقد جعل الشرع موضع الضرورة مستثنى من الحرمة بقوله تعالى (إلا ما اضطررتم إليه (فأما النسب فعندنا أحكام النسب تثبت ولكن الانتساب لا يثبت لأنه لمقصود الشرف به ولا يحصل ذلك بالنسبة إلى الزاني والعدة إنما لا تجب لأن وجوبها في الأصل باعتبار حق النكاح أو الفراش وبين النكاح والسفاح منافاة فبانعدام الفراش ينعدم السبب الموجب للعدة

وبعض أصحابنا رحمهم الله تعالى يقولون الحرمة تثبت هنا بطريق العقوبة كما تثبت حرمة الميراث في حق القاتل عقوبة والأصل فيه قوله تعالى ﴿ فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم ﴾ الآية وعلى هذا الطريق يقولون المحرمية لا تثبت حتى لا تباح الخلوة والمسافرة بها ولكن هذا التعليل فاسد فإن التعليل لتعدية حكم النص لا لإثبات حكم آخر سوى المنصوص فإن ابتداء الحكم لا يجوز إثباته بالتعليل والمنصوص حرمة ثابتة بطريق الكرامة فإنما يجوز التعليل لتعدية تلك الحرمة إلى الفروع لا لإثبات حكم آخر سوى المنصوص ولكن الصحيح أن نقول هذا الفعل زنا موجب للحد كما قال ولكنه مع ذلك حرث للولد ويصلح أن يكون سببا لثبوت الحرمة والكرامة باعتبار أنه حرث للولد ألا ترى أنه في جانبها الفعل زنا ترجم عليه وإذا حبلت به كان لذلك الولد من الحرمة ما لغيره من بني آدم فيثبت نسبه منها وتحرم هي عليه وثبوت هذا كله بطريق الكرامة لأنه حرث لا لأنه زنا فكذا هنا فبهذا التقرير يتبين فساد استدلالهم بالحديث فإنا لا نجعل الحرام محرما للحلال وإنما نثبت الحرمة باعتبار أن الفعل حرث للولد وحرمة هذا الفعل بكونه زنا على أن هذا الحديث غير مجرى على ظاهره فإن كثيرا من الحرام يحرم الحلال كما إذا وقعت قطرة من خمر في ماء وكالوطء بالشبهة ووطء الأمة المشتركة ووطء الأب جارية الابن فإن هذا كله حرام حرم الحلال لا لأنه حرام بل للمعنى الذي قلنا فكذلك هنا

ومن فروع هذه المسألة بنت الرجل من الزنا بأن زني ببكر وأمسكها حتى ولدت بنتا حرم عليه تزوجها عندنا

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا يكون حراما وله في البنت الملاعنة التي لم يدخل بالأم أو لا واستدل فقال نص التحريم قوله تعالى : ﴿ وبناتكم ﴾ وذلك يتناول البنت المضافة إليه نسبا والبنت من الزنا غير مضافة إليه نسبا بل هي حرام الإضافة إليه نسبا ولو أثبتنا الحرمة فيها كان إثبات الحرمة بالزنا وبه فارق جانبها فإن الإبن من الزنا يضاف إلى الأم نسبا فكانت هي حراما عليه لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ وتبين بهذا التفريق أن هذه الحرمة الثابتة شرعا تنبني على ثبوت النسب شرعا والنسبة إلى الزاني غير ثابتة من كل وجه فكذا هنا وهكذا يقول على أحد القولين في بنت الملاعنة وعلى القول الآخر يفرق بينهما فيقول النسب هناك كان ثابتا باعتبار الفراش لكن انقطع باللعان وبقي موقوفا على حقه حتى لو أكذب نفسه يثبت النسب منه ولا يثبت من غيره

وإن أعاده فيجوز إبقاء الحرمة وهنا النسب لم يكن ثابتا أصلا لانعدام الفراش ولا هو بعرض الثبوت منه ولنا أن ولد الزنا بعضه فتكون محرمة عليه كولد الراشدة وهذا لأن البعضية باعتبار الماء وذلك لا يختلف حقيقته بالملك وعدم الملك فالولد المخلوق من الماءين يكون بعض كل واحد منهما قال النبي صلى الله عليه و سلم لفاطمة رضي الله عنها : هي بضعة مني

والبعضية علة صالحة لإثبات الحرمة لأن الإنسان كما لا يستمتع بنفسه لا يستمتع ببعضه إلا أن النسب لا يثبت لا لانعدام البعضية بل للإشتباه لأن الزانية يأتيها غير واحد ولو أثبتنا النسب بالزنا ربما يؤدي إلى نسبة ولد إلى غير أبيه وذلك حرام بالنص حتى أن في جانبها لما كان لا يؤدي إلى هذا الإشتباه كان النسب ثابتا ولأن قطع النسب شرعا لمعنى الزجر عن الزنا فإنه إذا علم أن ماءه يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا وذلك يوجب إثبات الحرمة لأن معنى الزجر عن الزنا به يحصل فإنه إذا علم أنه بسبب الحرام مرة يفوته حلال كثير يمتنع من مباشرة الحرام فلهذا أثبتنا الحرمة وإن لم يثبت النسب هنا

إذا عرفنا هذا فنقول كما ثبتت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عندنا سواء كان في الملك أو في غير الملك وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا تثبت الحرمة بالتقبيل والمس عن شهوة أصلا في الملك أو في غير الملك حتى أنه لو قبل أمته ثم أراد أن يتزوج ابنتها عنده يجوز

وكذلك لو تزوج امرأة وقبلها بشهوة ثم ماتت عنده يجوز له أن يتزوج ابنتها بناء على أصله أن حرمة المصاهرة تثبت بما يؤثر في إثبات النسب والعدة وليس للمس والتقبيل عن شهوة تأثير في إثبات النسب والعدة فكذلك في إثبات الحرمة وقاس بالنكاح الفاسد فإن التقبيل والمس فيه لا يجعل كالدخول في إيجاب المهر والعدة وكذلك في إيجاب الحل للزوج الأول فكذا هنا ولكنا نستدل بآثار الصحابة رضي الله عنهم :

فقد روي عن ابن عمر – رضي الله عنه – أنه قال : إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها

وعن مسروق – رحمه الله تعالى – قال : بيعوا جاريتي هذه أما أني لم أصب منها ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة

ولأن المس والتقبيل سبب يتوصل به إلى الوطء فإنه من دواعيه ومقدماته فيقام مقامه في إثبات الحرمة كما أن النكاح الذي هو سبب الوطء شرعا يقام مقامه في إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهي الربيبة وهذا لأن الحرمة تنبني على الإحتياط فيقام السبب الداعي إلى الوطء فيه مقام الوطء احتياطا وإن لم يثبت به سائر الأحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام

ولو نظر إلى فرجها بشهوة تثبت به الحرمة عندنا استحسانا وفي القياس لا تثبت وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي - رحمهما الله تعالى - لأن النظر كالتفكر إذ هو غير متصل بها ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم وإن اتصل به الإنزال ولأن النظر لو كان موجبا للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس عن شهوة ولكنا تركنا القياس بحديث أم هانئ - رضي الله تعالى عنها - أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : (من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها)

وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه جرد جارية ثم نظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال : أما أنها لا تحل لك

وفي الحديث : (ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها) ثم النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع لأن النظر إلى المحل إما لجمال المحل أو للإستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال فعرفنا أنه نوع استمتاع كالمس بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في الملك بمنزلة المس عن شهوة بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء

ثم معنى الشهوة المعتبرة في المس والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها فأما مجرد الإشتهاء بالقلب غير معتبر ألا ترى أن هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذي لا شهوة له والنظر إلى الفرج الذي تتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخل دون الخارج وإنما يكون ذلك إذا كانت متكئة أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر

ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب تتعدى إلى آبائه وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعا وكذلك تتعدى إلى جداتها وإلى نوافلها لما بينا أن الأجداد والجدات بمنزلة الآباء والأمهات والنوافل بمنزلة الأولاد فيما نبني عليه الحرمة وذلك كله مروي عن إبراهيم النخعي - رحمه الله تعالى

وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرمت عليه امرأته نقل ذلك عن أبي بن كعب - رضي الله عنه - وكان المعنى فيه أن الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب وذلك كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاء النكاح فكذلك هذا يمنع بقاء النكاح كما يمنع ابتداءه

(قال) رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد ما دخل بها ثلاثا أو واحدة بائنة أو خلعها لم يجز له أن يتزوج أخرى مادامت في العدة لأن حرمة ما زاد على الأربع كحرمة الأختين فكما أن هناك العدة تعمل على حقيقة النكاح في المنع فكذا هنا فإن قال أخبرتني أن عدتها قد انقضت فإن كان ذلك في مدة لا تنقضي في مثلها العدة لا يقبل قوله ولا قولها إن أخبرت إلا أن تفسر بما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق ونحوه وإن كان ذلك في مدة تنقضي

في مثلها العدة إن صدقته أو كانت ساكتة أو غائبة فله أن يتزوج أخرى أو أختها إن شاء ذلك وكذلك إن كذبته في قول علمائنا

وعن زفر – رحمه الله تعالى – ليس له ذلك لأن عدتها باقية فإنها أمينة في الإخبار بما في رحمها وقد أخبرت ببقاء عدتها والزوج إنما أخبر عليها وهي تكذبه في ذلك فيسقط منه اعتبار قوله كشاهد الأصل إن أكذب شاهد الفرع أو راوي الأصل إن كذب الراوي عنه والدليل عليه بقاء نفقتها وسكناها وثبوت نسب ولدها إن جاءت به لأقل من سنتين وبالإتفاق إذا حكمنا بثبوت نسب ولدها يبطل نكاح أختها فكذلك إذا قضينا بنفقتها

وحجتنا في ذلك أنه أخبر عن أمر بينه وبين ربه عز و جل فكان أمينا مقبول القول فيه إذا احتمل كمن قال صمت أو صليت وبيان الوصف أنه أخبر بحل نكاح أختها له ولا حق للمطلقة في ذلك فإن الحل والحرمة من حق الشرع وإنما حق العباد فيه باعتبار قيام حق لهم في محله ولا حق لها في نكاح أختها فلا يعتبر تكذيبها فيه والدليل أن بمجرد الخبر يثبت له حل نكاح أختها

ألا ترى أنها لو كانت غائبة كان له أن يتزوج بأختها ولو بطل ذلك الحق إنما يبطل بتكذيبها وتكذيبها يصلح حجة في إبقاء حقها لا في إبطال حق ثابت للزوج والنفقة والسكنى حقها فيكون باقيا وأما نكاح الأخت لا حق لها فيه فلا يعتبر تكذيبها في ذلك لأن ثبوت الحكم بحسب الحجة وكذلك ثبوت النسب من حقها وحق الولد لأنه يندفع به تهمة الزنا عنها ويتشرف به الولد

ثم من ضرورة القضاء بالنسب الحكم باستناد العلوق إلى ما قبل الطلاق فإذا أسندنا صار الخبر بانقضاء العدة قبل الوضع مستنكرا فلهذا بطل نكاح الأخت بخلاف القضاء بالنفقة فإنه يقتصر على الحال وليس من ضرورة الحكم بها الحكم ببقاء العدة مطلقا فإن المال تكثر أسباب وجوبه في الجملة توضيحه أن من ضرورة القضاء بالنسب القضاء بالفراش فتبين أنه صار جامعا بين الأختين في الفراش وليس من ضرورة القضاء بالنفقة القضاء بالفراش وأكثر ما فيه أنه يجتمع عليه استحقاق النفقة للأختين وذلك جائز كما في ملك اليمين

(قال) وإن مات لم يكن لها ميراث وكان الميراث للأخرى هكذا ذكر هنا وذكر في كتاب الطلاق وقال الميراث للأولى دون الثانية ولكن وضع المسألة فيما إذا كان مريضا حين قال أخبرتني أن عدتها قد انقضت وإنما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث إذا كان الطلاق رجعيا فأما إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا وكان في الصحة فلا ميراث للأولى سواء أخبر الزوج بهذا أو لم يخبر

ولكن في كتاب الطلاق لما وضع المسألة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في إبطال حقها كما في نفقتها وهنا وضع المسألة في الصحيح ولا حق لها في مال الزوج في صحته فكان قوله مقبولا في إبطال إرثها توضيحه أن بقوله أخبر أن الواقع صار بائنا فكأنه أبانها في صحته فلا ميراث لها ولو أبانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله تعالى – لأن عندهما للزوج أن يجعل الرجعى بائنا خلافا لمحمد – رحمه الله تعالى – ومتى كان الميراث للأولى فلا ميراث للثانية لأن بين إرث الأختين منه بالنكاح منافاة ومتى لم ترث الأولى ورثته الثانية

(قال) وإن ماتت في العدة أو لحقت بدار الحرب مرتدة حل له أن يتزوج أختها لأن لحوقها كموتها فلا تبقى معتدة بعد موتها فإن رجعت مسلمة قبل أن يتزوج أختها فله أن يتزوج أختها عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لأن العدة بعد ما سقطت لا تعود إلا بتجدد سببها وعندهما ليس له أن يتزوج أختها لأنها لما عادت مسلمة كان لحوقها بمنزلة الغيبة ألا ترى أنه يعاد إليها مالها فلا تعود كحالها فتعود كما كانت

وإن كان قد تزوج أختها قبل رجوعها ثم رجعت مسلمة عن أبي يوسف - رحمه الله تعالى - روايتان في إحدى الروايتين يبطل نكاح الأخت وفي الرواية الأخرى لا يبطل ذكر الروايتين عنه في الأمالي

(قال) ولا بأس بأن يتزوج المسلم الحرة من أهل الكتاب لقوله تعالى : ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ الآية وكان ابن عمر - رضي الله عنهما - لا يجوز ذلك ويقول : الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾ وكان يقول معنى الآية الثانية واللاتي أسلمن من أهل الكتاب

ولسنا نأخذ بهذا فإن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب فدل أن اسم المشرك لا يتناول الكتابي مطلقا ولو حملنا الآية الثانية على ما قال ابن عمر - رضي الله عنهما - لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فإن غير الكتابية إذا أسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة بن اليمان - رضي الله تعالى عنه - أنه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك - رحمهما الله تعالى - تزوج يهودية

وكذلك إن تزوج الكتابية على المسلمة أو المسلمة على الكتابية جاز والقسم بينهما سواء كأن جواز النكاح ينبني على الحل الذي به صارت المرأة محلا للنكاح وعلى ذلك ينبني القسم والمسلمة والكتابية في ذلك سواء إسرائيلية كانت أو غير إسرائيلية وبعض من لا يعتبر قوله فصل بين الإسرائيلية وغيرها ولا معنى لذلك في الجواز لكونها كتابية وأما المجوسية لا يجوز نكاحها لأنها ليست من أهل الكتاب

وذكر ابن اسحق في تفسيره عن علي - رضي الله عنه - جواز نكاح المجوسية بناء على ما روي عنه أن المجوس أهل كتاب ولكن لما واقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه أسري بكتابهم فنسوه وهو مخالف للنص فإن الله تعالى قال : ﴿ أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ﴾ وإذا قلنا للمجوس كتاب كانوا ثلاث طوائف وقال - صلى الله عليه و سلم - : (سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم) ولئن كان الأمر على ما قاله علي - رضي الله عنه - ولكن بعد ما نسوا خرجوا من أن يكونوا أهل كتاب

فأما الصابئة فإنه يجوز للمسلم عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ويكره ولا يجوز عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - وكذلك ذبائحهم وهذا الاختلاف بناء على أن الصابئين من هم فوقع عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أنهم قوم من النصارى يقرؤون الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبلة وهما جعلا تعظيمهم لبعض الكواكب عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الأوثان وقالا أنهم يخالفون النصارى واليهود فيما يعتقدون فلا يونون من جملتهم ولكن أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول مخالفتهم للنصارى في بعض الأشياء لا تخرجهم من أن يكونوا من جملتهم كبني تغلب فإنهم يخالفون النصارى في الخمور والخنازير ثم كانوا من جملة النصارى

(قال) ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة وبنت زوج قد كان لها من قبل ذلك يجمع بينهما لأنه لا قرابة بينهما وقال ابن أبي ليلى لا يجوز ذلك لأن بنت الزوج لو كان ذكرا لم يكن له أن يتزوج الأخرى لأنها منكوحة أبيه وكل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا لم تجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحا لا يجوز كالأختين ولكنا نستدل بحديث عبد الله بن جعفر – رضي الله عنه – فإنه جمع بين امرأة علي – رضي الله عنه – وابنته

ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع وذلك غير موجود هنا وما قاله ابن أبي ليلى – رحمه الله تعالى – إنما يعتبر إذا تصور من الجانبين كما في الأختين وذلك لا يتصور هنا فإن امرأة الأب لو صورتها ذكرا جاز له نكاح البنت فعرفنا أنهما ليستا كالأختين ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد لأنه لا قرابة بينهما وكما جاو للأول أن يجمع بينهما فكذلك للثاني وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويزوج ابنه أمها أو ابنتها فإن محمد بن الحنفية – رضي الله عنه – تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هي على ابنه فأما أمها وابنتها تحرم عليه لا على ابنه فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها والله سبحانه أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ولها مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط إن دخل بها أو مات عنها وهذا مذهبنا أن مهر المثل يجب للمفوضة بنفس العقد وهو أحد قولي الشافعي – رحمه الله تعالى – وفي القول الآخر لا يجب المهر بنفس العقد وإنما يجب **بالتراضي** أو بقضاء القاضي حتى إذا مات أحدهما قبل الدخول فلا مهر لها عنده ومشايخهم رحمهم الله تعالى مختلفون فيما إذا دخل بها وأكثرهم على أنه يجب المهر بالدخول ومنهم من يقول لا يجب بالدخول أيضا واحتج بحديث عمر وعلي وابن عمر وزيد – رضي الله عنهم – أنهم قالوا حسبها الميراث ولا مهر لها

والمعنى فيه أنها جادت بحقها وهي من أهل الجود فيصح منها كما لو وهبت شيئا من مالها وهذا لأن المستوفي بالنكاح إما أن يكون في حكم المنفعة كما هو مذهبي أو في حكم العين كما هو مذهبكم فإن كان في حكم العين فبدله بمنزلة أرش الطرف يخلص حقا لها ويسقط باسقاطها وإن كان بمنزلة المنفعة فبدل المنفعة لها والدليل عليه أنها يملك الإبراء عن المهر والشراء به شيئا وبهذا الطريق قال بعضهم إنه وإن دخل بها لا يجب المهر لأنها كما رضيت بثبوت الملك عليها بغير عوض فقد رضيت بالاستيفاء من غير عوض وأكثرهم على أن فيما يجب بالاستيفاء معنى حق الشرع

ألا ترى أن ما يجب بالاستيفاء من العقوبة وهو حد الزنا يكون خالص حق الشرع فكذلك المال الذي يجب عند الاستيفاء لا يسقط برضاها بالاستيفاء بغير عوض وإلى هذا أشار الله تعالى في قوله فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولأن المعاوضة في النكاح بين الزوجين حتى لا ينعقد النكاح إلا بذكرهما فأما المهر ليس بعوض أصلي ولكنه زائد وجب لها بازاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة ومثل هذا يحتمل التعجيل والتأجيل ولكن النكاح كما لا ينعقد إلا موجبا

---

(١) المبسوط، ٤/٤١

لهذا الملك عليها لا ينعقد إلا بشرط التعويض فتارة يتعجل العوض بالتسمية وتارة يتأخر إلى التأكد بالدخول أو الفرض **بالتراضي** أو بالقضاء ألا ترى أن ملك اليمين تارة يثبت بعوض واجب بنفس العقد وتارة بشرط التعويض وإن لم يكن واجبا بنفس السبب

والدليل عليه أن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وما كان واجبا بنفس العقد يتنصف كالمسمى وحجتنا في ذلك ما روى أن سائلا سأل ابن مسعود – رضي الله تعالى عنه – عن هذا فجعل يردده شهرا ثم قال أقول فيه بنفسي فإن يك صوابا فمن الله ورسوله وإن يك خطأ فمن ابن أم عبد

وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان أو معقل بن يسار وأبو الجراح صاحب الأشجعين – رضوان الله عليهم – فقال تشهد أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضيتك هذه فسر ابن مسعود – رضي الله تعالى عنه – بذلك سرورا لم يسر قط مثله بعد إسلامه لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله – صلى الله عليه و سلم – والذي روي أن عليا – رضي الله تعالى عنه – رد هذا الحديث وقال ماذا نصنع بقول أعرابي بوال على عقبيه إنما رده لمذهب تفرد به وهو أنه كان يحلف الراوي ولم ير هذا الرجل حتى يحلفه ولسنا نأخذ بذلك والمعنى فيه أن النكاح عقد معاوضة بالمهر فإذا انعقد صحيحا كان موجبا للعوض كالبيع وكما لو زوج الأب ابنته بغير مهر وبيان الوصف قوله تعالى : ﴿ إن تبتغوا بأموالكم ﴾ يعن ي تبتغوا ملك النكاح على النساء بالمال وحرف الباء يصحب الإعواض فدل أن العوض الأصلي هو المهر والدليل عليه أنه يثبت لها حق المطالبة بالفرض والفرض عبارة عن التقدير والمطالبة بالتقدير تنبني على وجوب الأصل ففي كل موضع لم يجب الأصل بالعقد لا تثبت المطالبة بالتقدير كما في ملك اليمين بطريق الهبة فعرفنا أن أصل الوجوب بالعقد شرعا وإليه أشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم أضاف إلى نفسه وبين خصوصية النبي – صلى الله عليه و سلم – بالنكاح بغير مهر فذلك دليل على أنه في غيره لا ينعقد إلا موجبا للمهر

وإليه أشار أبو سعيد الخدري – رضي الله تعالى عنه – بقوله لا نكاح إلا بمهر وشهود إلا ما كان لرسول الله – صلى الله عليه و سلم – والدليل عليه إنها تحبس نفسها لاستيفاء المهر ولا تحبس المبدل إلا ببدل واجب وإن بعد الدخول بها يجب

ولا وجه لإنكاره لأنه منصوص عليه في القرآن والدخول تصرف في الملك فإذا ثبت الملك بغير عوض لا يجب العوض بالتصرف فيه بعد ذلك ولا معنى لما يقول إن الملك يثبت بشرط التعويض لأن هذا العقد لا ينعقد إلا بمعاوضة المال إظهارا لخطر هذا الملك وهنا إظهار الخطر إنما يظهر إذا وجب البدل بنفس الملك فكما أن الملك لا يحتمل التأخر عن حالة العقد فكذلك وجوب البدل إلا في حق من قصر عنه حكم هذا الخطاب وهم أهل الذمة كما بينا والطلاق قبل الدخول مسقط لأنه رقع للعقد من الأصل فيكون مسقطا للعوض وسقوط العوض عند وجود المسقط لا يكون دليلا على أنه لم يكن واجبا بالعقد وتنصف المسمى بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس وكان المعنى فيه

أن المسمى تأكد بالتسمية والعقد جميعا فلتأكده لا يسقط كله لا بالطلاق ولا بالموت والنفقة ضعيفة من كل وجه لأنها لا تجب بالتسمية ولا بنفس العقد وتسقط بالطلاق والموت جميع ا ومهر المثل ضعيف من كل وجه لأنه غير مسمى في العقد وقوي من وجه لأنه واجب بنفس العقد فلقوته من وجه لا يسقط بالموت ولضعفه من وجه يسقط كله بالطلاق قبل الدخول إذا عرفنا هذا فنقول :

نساؤها اللآتي يعتبر مهرها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات عماتها عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى أمها وقوم أمها كالخالات ونحو ذلك لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء ولكنا نقول قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعا لأبيها فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهرها بمهر أمها إلا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها لا لأنها أمها بل لأنها بنت عم أبيها وإنما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها في الحسن والجمال والسن والمال والبكارة لأن المهور تختلف باختلاف هذه الأوصاف قال - صلى الله عليه و سلم - : تنكح المرأة لمالها وجمالها . . . الحديث

وكذلك يعتبر أن تكون تلك المرأة من بلدتها ولا يعتبر مهمرها بمهر عشيرتها في بلدة أخرى لأن المهور تختلف باختلاف البلدان عادة

وفي الحاصل مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته قال : فإن فرض لها الزوج بعد العقد مهرا فرضيت به أو رافعته إلى القاضي ففرض لها مهرا فهو سواء ولها ذلك أن دخل بها أو مات عنها وإن طلقها قبل أن يدخل بها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول لها نصف المهر المفروض بعد العقد وهذا والمسمى في العقد سواء ثم رجع فقال لها : المتعة وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لأن الفرض بعد العقد يقدر بمهر المثل وقد بينا إن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولأن تنصف المسمى في العقد بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس والمفروض بعد العقد ليس في معناه لأنه وإن استند حكمه إلى وقت العقد لا يصير كالمسمى في العقد وعلى هذا لو تزوجها على مهر مسمى ثم زادها في المهر بعد العقد ففي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول تتنصف الزيادة والأصل بالطلاق لأن ال ز يادة بعد العقد مثل المسمى في العقد قال الله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ﴾ أي من فريضة بعد الفريضة وفي قوله الآخر لا ينتصف بالطلاق إلا المسمى في العقد خاصة لقوله تعالى فنصف ما فرضتم أي سميتم في العقد فأما الزيادة بعد العقد تسقط كلها بالطلاق وهو قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى

(قال) وإذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف وقالت المرأة ألفان ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر جدا وجه قولهما أيهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالإقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة كما لو اختلفا في بدل الخلع والعتق بمال ولا معني للمصير إلى تحكيم مهر المثل لأن وجود مهر المثل عند عدم التسمية وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى وذلك مانع وجوب مهر المثل ولا معنى للتحالف بينهما لأن التحالف لفسخ

العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ والدليل عليه أنه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج ولا يصار إلى تحكيم المتعة فكذلك في حال قيام العقد لأن المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه إلا بتسمية صحيحة فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير إلى الموجب الأصل كالصباغ ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر فإنه يصار إلى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى وهذا بخلاف القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر لأنه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فإنه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم فيشبه البيع من هذا الوجه فإذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال وأما إذا طلقها قبل الدخول يصار إلى تحكيم المتعة على ما نص عليه في الجامع ووضع المسألة فيما إذا كان الاختلاف بينهما في المائة والمائتين فأما في كتاب النكاح فإنه وضع المسألة فيما إذا كان الاختلاف في الألف والألفين والمتعة لا تزيد على خمسمائة فلهذا ق ا ل لها نصف ما يقوله الزوج على أنه يجوز أن يصار إلى مهر المثل قبل الطلاق ولا يصار إلى المتعة بعد الطلاق كما إذا تزوجها على ألف وكرامة يكون لها نصف الألف بعد الطلاق ويكون لها كمال مهر المثل قبل الطلاق إذا لم يف بما شرط لها من الكرامة

وفي معنى قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – إلا أن يأتي بشيء مستنكر جدا قولان لمشايخنا أحدهما أن يدعى ما دون العشرة فإنه مستنكر شرعا لأنه لا مهر أقل من عشرة دراهم والأصح أن مراده أن يدعى شيئا قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فإنه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضا فيما إذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة فالقول قول المشتري إلا أن يأتي بشيء مستنكر جدا وليس في الثمن تقدير شرعا وأما بيان قول أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – فقد كان الكرخي يقول ليتحالفان في الإبتداء ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك

وكان أبو بكر الرازي – رحمه الله تعالى – يقول يحكم مهر المثل أولا قان كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر يشهد لها وإن كان ألف درهم أو أقل فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الظاهر يشهد للزوج وإن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة فحينئذ يتحالفان ثم يقضي لها بمقدار مهر مثلها لأن المصير إلى التحالف إذا لم يمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له وذلك في هذا الموضع

والأصح ما ذكره الكرخي – رحمه الله تعالى – لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وذلك إنما يكون بعد التحالف فإن ما يدعى كل واحد منهما من المسمى ينتفي بيمين صاحبه فيبقى نكاحا بلا تسمية فيكون موجبه مهر المثل فعرفنا أنه لا بد من المصير إلى التحالف في الإبتداء وأصل النكاح وإن كان لا يحتمل الفسخ بالتحالف فالتسمية تحتمل الإنتفاء فإذا تحالفا نظر إلى مهر مثلها فإن كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وإن كان ألفا أو أقل فلها الألف لاقرار الزوج به وإن كان ألفا وخمسمائة فلها مهر المثل وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة وجب قبول بينته لأنه نور دعواه بالحجة فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للإثبات وكذلك لو مات أحدهما قبل أن يتفقا ثم وقع الاختلاف بين الحي وورثة الميت فهو وورثة الميت على ما ذكرنا لأن الوارث يقوم مقام المورث فأما إذا ماتا معا فهنا فصلان

(أحدهما) أن يتفق الورثة إنه لم يكن في العقد تسمية

(والثاني) أن يختلف الورثة في المسمى أما في الأول فإنه يقضي لورثتها في تركة الزوج بمهر المثل في القياس وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - لأن مهر المثل وجب بنفس العقد كالمسمى فكما لا يسقط المسمى بعد موتهما فكذلك مهر المثل ألا ترى أن بعد موت أحدهما لا يسقط مهر المثل وورثة الميت يقومون مقامه في ذلك فكذلك بعد موتهما واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال لا يقضي بشيء واستدل في الكتاب فقال أرأيت لو ادعى ورثة علي - رضي الله عنه - على ورثة عثمان - رضي الله عنه - مهر أم كلثوم أكنت تقضي فيه بشيء وهذا إشارة إلى أنه إنما يفوت هذا بعد تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات فإذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق إذا لم يكن العهد متقادما يقضي بمهر مثلها والطريق الآخر أن المستحق بالنكاح ثلاثة أشياء المسمى وهو إلا قوى والنفقة وهي الأضعف ومهر المثل وهو متوسط على ما قررنا فالمسمى لقوته لا يسقط بموتهما وموت أحدهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما وبموت أحدهما ومهر المثل يتردد بين ذلك فيسقط بموتهما ولا يسقط بموت أحدهما لأن ما تردد بين أصلين يوفر حظه عليهما ألا ترى أن الصحابة - رضوان الله عليهم - اختلفوا أن مهر المثل هل يسقط بموت أحدهما فيكون ذلك إتفاقا منهم على أنه يسقط بموتهما فإما إذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى بعد موتهما فعلى قول محمد - رحمه الله تعالى - يصار إلى تحكيم مهر المثل لأن من أصله أن مهر المثل لا يسقط بموتهما فيكون هذا كالاختلاف الواقع بين الزوجين وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج إلا أن يأتوا بشي مستنكر جدا كما لو وقع الاختلاف في حياتهما وعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - القول قول ورثة الزوج أيضا لأن مهر المثل عنده لا يبقى بعد موتهما فلا يمكن المصير إلى التحالف وتحكيم مهر المثل فيبقى ظاهر الدعوى والإنكار فيكون القول قول ورثة الزوج إلا أن يقوم لورثة المرأة بينه على ما ادعوا من المسمي فحينئذ يقضي بذلك ويستوي في هذا كله إن دخل بها أو لم يدخل بها لأن ما قبل الدخول إنما يفارق ما بعد الدخول عند الطلاق أما عند الموت لا فرق لأن النكح ينتهي بالموت

(قال) وإذا تزوجها على بيت وخادم فلها من ذلك خادم وسط وبيت وسط والكلام هنا في فصول أحدها أن تسمية الخادم في النكاح صحيح عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح وكذلك لو تزوجها على عبد مطلق أو على أمه فلها عبد وسط أو أمة وسط فإن أتاها بالعين أجبرت على القبول وإن أتاها بالقيمة أجبرت على القبول وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - لا تصح التسمية لأن النكاح عقد معاوضة فيكون قياس البيع والعبد المطلق لا يستحق بعقد البيع عوضا فكذلك بالنكاح وهذا أصل للشافعي - رحمه الله تعالى - أن كل ما لا يصح مسمى عوضا في البيع لا يستحق في النكاح لأن المقصود بالمسمى مهرا المالية وبمجرد ذكر الجنس بدون بيان الوصف لا تصير المالية معلومة فلا يصح التزامه بعقد المعاوضة لبقاء الجهالة والغرر فيه . ألا ترى أنه لو سمى ثوبا أو دابة أو دارا لم تصح التسمية فكذلك إذا سمى عبدا وحجتنا في ذلك أن المهر إنما يستحق عوضا عما ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة مطلقا في مبادلة ما ليس بمال . ألا ترى أن الشرع أوجب في الدية مائة من الإبل وأوجب في الجنين غرة عبد أو أمة فإذا جاز أن يثبت الحيوان مطلقا دينا في الذمة عوضا عما ليس بمال شرعا فكذلك يثبت شرطا وهذا لأن في معنى

المالية هذا مال ملتزم ابتداء والجهالة المستدركة في التزام المال ابتداء لا تمنع صحته كما في الإقرار فإن من أقر لإنسان بعد صح إقراره إلا أن هناك لا ينصرف إلى الوسط عند محمد – رحمه الله تعالى – لأن المقربة عينه ليس بعوض وهنا عين المهر عوض وإن كان باعتبار صفة المالية هذا إلتزام مبتدأ فلكونه عوضا صرفناه عند اطلاق التسمية إلى الوسط ليعتدل النظر من الجانبين كما أوجب الشرع في الزكوات الوسط نظرا إلى الفقراء وأرباب الأموال وبكونه ما لا يلتزم ابتداء لا تمنع جهالة الصفة صحة الالتزام ولهذا لو أتاها بالقيم ة أجبرت على القبول لأن صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين وللاعتبار بما أوجبه الشرع من الدية فإن ذلك يتردد بين الإبل والدراهم والدنانير

ومن أصحابنا – رحمهم الله تعالى – من يقول لو لم تصح التسمية احتجنا إلى إيجاب مهر المثل لأن بفساد التسمية لا يبطل النكاح كما لا يبطل بترك التسمية وكل جهالة في المسمى إذا كانت دون جهالة مهر المثل فذلك لا يمنع صحة التمسية لأن بعض الجهالة يرتفع بهذه التسمية وكل جهالة هي مثل جهالة مهر المثل أو فوق جهالة مهر المثل تمنع صحة التسمية لأنه لا يحصل به شيء من الإعلام فجهالة العبد المسمى جهالة الصفة دون الجنس فأما جهالة مهر المثل جهالة جنس فصححنا فيه التسمية ليحصل بها التحرز عن بعض الجهالة فأما جهالة الثوب فوق جهالة مهر المثل لأن اسم الثوب يتناول أجناسا مختلفة من القطن والكتان والإبريسم وغير ذلك وكذلك جهالة الدابة لأنها تتناول أجناسا مختلفة وكذلك جهالة الدار لأنها تختلف باختلاف البلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فكانت تلك الجهالة فوق جهالة مهر المثل فلهذ ا لم يصح التمسية ووجب المصير إلى مهر المثل وبه فارق البيع فأنا لو لم نصحح التمسية مع جهالة الوصف هناك لا نحتاج إلى إيجاب جهالة أخرى لأنه يفسد البيع ويعود إليه عوضه وهو معلوم فأما إذا سمى في المهر بيتا فالمراد منه متاع البيت عادة دون البيت المسمى وهذا معروف بالعراق يتزوج على بيت أو بيتين فيريدون متاع البيت مما تجهز به تلك المرأة وينصرف إلى الوسط من ذلك لاعتبار معنى المعاوضة على ما قلنا ثم قال أبو حنيفة – رضي الله عنه – قيمة البيت أربعون درهما وقيمة الخادم أربعون دينارا وقال أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – هو على قدر الغلاء والرخص وليس هذا باختلاف في الحقيقة ولكن أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – قصر فتواه على ما شاهده في زمانة وهما زادا على ذلك وبينا الفتوى في الأوقات والأمكنة كلها والأمر على ما قالا فإن القيم تختلف باختلاف الغلاء والرخص

(قال) والوسط من الخادم السندي وهذا لأن أرفع الخدم الأتراك وأدني الخدم الهنود فالسندي هو الوسط فيما بين ذلك ولكنه في بلادنا قلما يوجد السندي فالوسط أدنى الأتراك وأعلى الهنود

(قال) وإن كان تزوجها على وصيف أبيض فلها خمسون دينارا في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وهذا أيضا بناء على ما شاهد في زمانه من التفاوت بين قيمة الوسط والجيد وذلك يختلف باختلاف الغلاء والرخص ولكن في زمانه كان هذا التفاوت بقدر عشرة دنانير فلهذا قدره به وإن أعطاها وصيفا أبيض لا يساوي ذلك فهو جائز لأنه وفى لها بما شرط واعتبار القيمة عند اختياره أداء القيمة فأما إذا اختار أداء العين فلا معتبر بالقيمة

(قال) وإن كانا من أهل البادية وقد تزوجها على بيت فلها بيت من شعر من بيوت أهل البادية وإن تزوجها على خادم فلها خادم وسط مما يعرف هناك لأن المعتبر في التسمية العرف ألا ترى أنه لو اشترى بدراهم مطلقا ينصرف إلى

نقد البلد للعرف فهنا في كل موضع يعتبر العرف أيضا والمتعارف من تسمية البيت مطلقا فيما بين أهل البادية البيت من الشعر وفيما بين أهل الأمصار متاع البيت فصرفنا التسمية إلى ذلك في كل موضع

(قال) وإن تزوجها عى شيء بعينه ولم تره فليس لها في ذلك خيار الرؤية لأن عدم الرؤية لما لم يمنع ثبوت صفة اللزوم فيما هو المقصود بهذا العقد وهي المنكوحة فكذلك في عوضه وكان المعنى فيه أن الفائدة في إثبات خيار الرؤية أن يتمكن به من إعادة العوض الذي خرج منه إليه وهذا في البيع يحصل لأنه ينفسخ بالرد وفي النكاح لا يحصل لأنه لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولكن تجب القيمة والقيمة غير مرئية كالعين فعرفنا أنه لا يستدرك بالرد فائدة وكذلك لا ترد الصداق بالعيب إلا أن يكون فاحشا عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى كل عيب يرد به في البيع يرد به في الصداق وهو بناء على أصل بيننا وبينه أن عنده بالرد بالعيب تبطل التسمية فيجب مهر المثل وعندنا لا تبطل التسمية ولكن تجب قيمة المسمى فإن كان العيب يسيرا لا تستدرك بالرد فائدة إذ لا فرق بين عين الشيء وبه عيب يسير وبين قيمته وإذا كان العيب فاحشا فتستدرك بالرد فائدة لأنها ترجع بقيمته صحيحا وهذا هو حد القرق بين اليسير والفاحش إن كل عيب ينقص من المالية مقدار ما لا يدخل تحت تقويم المقومين في الأسواق فهو عيب فاحش وإذا كان ينقص بقدر ما يدخل بين تقويم المقومين فهو عيب يسير وحجته لاثبات أصله أن الصداق مال مملوك بعقد معاوضة وهو مما ينفصل عن أصل العقد فتبطل التسمية بالرد كالبيع ولكن بطلان التسمية في النكاح لا يبطل النكاح كانعدام التسمية في الإبتداء ولكنا نقول السبب الموجب للمسمى هو العقد فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم العين كما التزم فتجب قيمته كالمغصوب إذا أبق وعلى هذا الأصل إذا هلك الصداق قبل التسليم عندنا لا تبطل التسيمة ولكن يجب على الزوج مثله إن كان من ذوات الأمثال وقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – تبطل التسمية كما يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض فيكون لها مهر مثلها وبعض أصحابه يقول لا تبطل التسمية بالهلاك عندنا ولكن تجب قيمة المسمى لتعذر تسليم العين فأما الرد بالعيب لا يكون إلا لرفع تلك التسمية فتبطل به التسيمة وعلى هذا لو استحق المسمى بعينه لا تبطل التسمية لأن شرط صحة التسمية كون المسمى مالا وبالاستحقاق لا تنعدم المالية ولكن يتعذر التسلمين فيكون بمنزلة الهلاك في إنه يجب فيمته على الزوج

(قال) وإن كان الزوج أجر الصداق فالأجر له لأن الصداق في يده مضمون بنفسه كالمغصوب والغاصب إذا أجر المغصوب فالأجر له ولكن يتصدق به لأنه حصل له بكسب خبيث فكذلك الزوج وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى الاجر لها بناء على أصله أن المنافع عنده مال والأجر بدل ما هو مال لها فيكون بمنزلة العقر وأرش الطرف وعندنا المنافع ليست بمال متقوم وإنما تتقوم بالعقد والعاقد هو الزوج فكان الأجر له لأنه بعقده صير ما ليس بمتقوم من ملك الغير متقوما فهو كمن صنع كوزا من تراب غيره وباعه يكون الثمن له

(قال) فإن ولدت أو اكتسبت مالا قبل التسليم فذلك كله للمرأة معها والحاصل أن الزيادة في الصداق قبل القبض نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة كالسمن في الجارية وانجلاء البياض عن العين والزيادة المنفصلة إما متولدة من

العين كالولد والثمار والعقر وإما غير متولدة من العين كالكسب والغلة وذلك كله يسلم للمرأة إذا دخل بها الزوج أو مات عنها لأنه يملك بملك الأصل وملك الأصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة وأما إذا طلقها قبل الدخول بها فالزيادة المتولدة منفصلة كانت أو متصلة تتنصف بالطلاق مع الأصل لأنها في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فإن الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض فأما الكسب والغلة لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل يسلم الكل لها في قول أبي حن يفة رحمه الله تعالى وأما في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تتنصف مع الأصل وكذلك لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى يبطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يدور الكسب مع الأصل وكذلك المبيع قبل القبض إذا اكتسب كسبا ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يسلم الكسب للمشترى وعندهما هو للبائع وحجتهما في ذلك أن الكسب زيادة منفصلة عن الأصل فيكون قياس الولد فكما لا يسلم ذلك لها بعد ما بطل ملكها عن الأصل فكذلك هذا وهذا لأن بطلان ملكها عن الأصل بحكم انفساخ السبب فيه والزيادة إنما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو غير متولدة فبعد ما انفسخ سبب الملك لها في الأصل لا يبقى سببا لملك الزيادة لها وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول السبب الذي به ملكت الكسب لم ينفسخ فيبقى ملك الكسب لها كما قبل الطل ا ق

وبيان ذلك أن سبب ملك الكسب إما قبول العبد الهبة أو إجارته نفسه أو اكتسابه من حيث الاحتطاب والاحتشاش وشيء من هذه الأسباب لا ينفسخ بالطلاق وتأثيره أن الاكتساب يوجب الملك للمكتسب ولكن إذا لم يكن المكتسب من أهل الملك فمن يخلفه وهو مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب ثم ببطلان ملكه في الأصل بعد ذلك لا يتبين أنه لم يخلفه في الملك بذلك السبب وليس الكسب بمنزلة الزيادة المتولدة لأن المتولد جزء من الأصل يسري إليه ملك الأصل إلا أن يكون مملوكا بسبب حادث ألا ترى إن ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسب المبيع لا يكون مبيعا فلا يقابله شيء من الثمن وإن قبض مع الأصل فظهر الفرق بينهما وكذلك لو قبضت المرأة الأصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها ينتصف ال أ صل والزيادة لأن حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة حادثة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الأصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت الزيادة في يدها ثم طلقها قبل الدخول فإن كان الزيادة غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الأصل على الزوج لأن حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها

وإن لزمها رد الأصل أو بعضه كالمبيع إذا اكتسب في يد المشترى ثم رد الأصل بالعيب يبقى الكسب سالما له وهذا لقوله صلى الله عليه و سلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فمنفعته تسلم لها والكسب بدل المنفعة فأما إذا كانت الزيادة متولدة من العين فإن كانت منفصلة كالولد والثمار يمنع تنصف الأصل بالطلاق ويعود الكل إليه إذا جاءت الفرقة من قبلها ولكن للزوج عليها نصف قيمة الأصل أو جميع قيمته يوم دفع إليها وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يتنصف الأصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل إلى الزوج إذا جاءت الفرقة من قبلها لأن بقبضها لا يتأكد ملكها

ما لم يدخل بها بل توهم عود النصف إلى الزوج بالطلاق أو الكل إذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسرى ذلك الحق إلى الزيادة بمنزلة المشتراة شراء فاسدا إذا قبضها المشترى وازدادت زيادة منفصلة فإن البائع يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف – رحمهما الله تعالى – قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل وعند ردتها يسترد منها الأصل مع الزيادة لأن الردة تفسخ السبب مع الأصل

فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بسبب فساد البيع وهناك حكم الرد يثبت في الأصل والزيادة فأما الطلاق حل العقد وليس بفسخ له من الأصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده وبتعذر تنصف الزيادة يتعذر تنصف الأصل ووجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها بالقبض فالزيادة حدثت على ملك تام لها وحكم التنصف عند الطلاق إنما يثبت في المفروض في العقد والزيادة ما كانت مسماة في العقد لا حقيقة ولا حكما إذا لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصفها بتعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة في المبيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كان حادثا بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنه لا يمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع فإذا رجع في الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة له أيضا بغير عوض فأما البيع والنكاح معاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا حكم الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بغير عوض وهو جزء من الأصل فلا يجوز أن يسلم الملك بغير عوض بعد رفع عقد المعاوضة بينهما فإذا تعذر تنصيف الأصل وجب عليها نصف القيمة للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر السبب الموجب له وإنما دخل الصداق في ضمانها بالقبض فلهذا كان المعتبر القيمة وقت القبض فأما إذا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل أن يدخل بها عند أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله تعالى – هذا والزيادة المنفصلة سواء وللزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت وعند محمد وزفر – رحمهما الله تعالى – يتنصف الأصل بزيادته وحجتهما في ذلك أن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما في البيع لو اشترى جارية بعبد وقبض الجارية فازدادت زيادة متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لأن الزيادة المتصلة بمنزلة زيادة الشعر

ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة الشعر فكذلك في الصداق وهذا بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى تسري إلى الزيادة وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأن الأصل لا ينفصل عن الزيادة فأما قبضها الصداق قبض ضمان وثبوت الضمان لحق الزوج فبه يتبين بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كما في البيع

وأبو حنيفة وأبو يوسف – رحمهما الله تعالى – قالا هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح تام لها فيكون سالما لها بكل حال كالزيادة المنفصلة وإذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الأصل لما قال محمد رحمه الله تعالى والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضا عن مال يستحق عليها والزيادة المتصلة في الصلاة تمنع

رد الأصل كالموهوب وتأثير الزيادة المتصلة في الصلاة أكثر من تأثير الزيادة المنفصلة حتى أن الزيادة المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الأصل فالمتصلة أولى فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - الزيادة المتصلة هناك تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد - رحمه الله تعالى - خاصة وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة و أبي يوسف - رحمهما الله تعالى - كالزيادة المفصلة ولو كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها الزوج قبل الدخول ينتصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار رد نصف الأصل مستحقا عليها فيسرى ذلك إلى الزيادة كالمشترى شراء فاسدا يرد بزيادته المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق

فأما حكم النقصان فإن تعيب الصداق في يد الزوج بعيب يسير فلا خيار للمرأة لأن العيب اليسير لو كان موجودا وقت العقد لم يثبت لها الخيار بسببه فكذا إذا حدث بعد العقد قبل القبض وعن زفر - رحمه الله تعالى - أنه يثبت لها الخيار أيضا لأنه تغير عليها شرط العقد فإنها استحقت الصداق بصفة السلامة وبالتعيب قد تغير ولكن هذا ينبغي على قوله في العيب الموجود وقت العقد أن يثبت لها الخيار أيضا إذ لا فرق بينهما فأما إذا حدث بالصداق عيب فاحش في يد الزوج فهو على خمسة أوجه

(أحدهما) أن يكون العيب بآفة سماوية فيثبت لها الخيار إن شاءت رجعت بقيمة الصداق يوم تزوجها على الزوج وإن شاءت أخذت المعيب ولا شيء لها من ضمان النقصان لأن الزوج عجز عن تسليم الصداق سليما كما أوجبه العقد فيثبت لها الخيار وإذا أرادت رجعت بالقيمة لأنه تعذر تسليم العين مع بقاء السبب الموجب له فإن اختارت الأخذ فلا شيء لها من ضمان النقصان على الزوج لأن الصداق مضمون عليه بالعقد والأوصاف لا تكون مضمونة بالعقد وعن زفر - رحمه الله تعالى - إن لها أن تضمن الزوج النقصان أن الصداق مضمون في يد الزوج بنفسه كالمغصوب إذا تعيب في يد الغاصب كان للمغصوب منه أن يضمنه النقصان مع استرداد العين ولكنا نقول المغصوب مضمون بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض

(والثاني) أن يكون التعيب بفعل الزوج فيكون لها الخيار للتغير وإن اختارت الأخذ ضمنت الزوج النقصان وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى - أنه ليس لها حق تضمين النقصان لأنه مضمون على الزوج بالعقد فكان بمنزلة المبيع والبائع إذا عيب المبيع قبل القبض لا يلزمه ضمان النقصان للمشتري فهذا مثله ووجه ظاهر الرواية أن الزوج أتلف جزء من الصداق ولو أتلف الكل ضمن قيمة الكل فكذلك إذا ألف جزء منه وبه فارق البيع فإن البائع هناك لو أتلف الكل لم يضمنه فكذا إذا أتلف الجزء ثم المعنى فيه أن المبيع مضمون بالثمن وفيما هو مضمون به فصلنا بين العيب بفعل البائع وبآفة سماوية حتى أنه إذا تعيب بفعل البائع سقطت حصته من الثمن عن المشتري بخلاف ما إذا تعيب بآفة سماوية فهنا أيضا يفصل بينهما فيما إذا كان الصداق مضمونا به وهو القيمة وهذا لأن الإتلاف من الزوج يتحقق في الأوصاف كما يتحقق في الأصل بخلاف ما إذا تعيب بغير فعله فإن الضمان هناك بالعقد والعقد لا يتناول الأوصاف مقصودا

(الثالث) أن يكون التعيب بفعل الصداق بنفسه ففي ظاهر الرواية هذا كالعيب بآفة سماوية لأن فعله بنفسه هدر وقد روى عن أبي حنفية رحمه الله تعالى أن هذا بمنزلة تغييب الزوج لأنه مضمون عليه وفعل المضمون كفعل الضامن في استحقاق موجبه عليه كما في المغصوب

(الرابع) إن حصل التعيب بفعل الأجنبي يجب عليه ضمان النقصان ويكون ضمان النقصان بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير فإذا اختارت الأخذ رجعت على الجاني بضمان النقصان وإن اختارت تضمين الزوج القيمة رجع الزوج على الجاني بضمان النقصان ولو أرادت أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لم يكن لها ذلك لانعدام الصنع من الزوج في التعيب

(الخامس) أن يكون التعيب بفعل المرأة فتصير به قابضة للصداق لأنها أتلفت جزء منه فتكون قابضة لذلك الجزء بالإتلاف ولما وراء ذلك بالتخلي ولا خيار لها في ذلك والذي بينا في هذه الفصول فيما إذا دخل بها الزوج أو مات عنها

فأما إذا لم يدخل بها فهي في حق النصف إذا طلقها قبل الدخول كما في الكل إذا طلقها بعد الدخول فأما إذا تعيب في يد المرأة بعد ما قبضت الصداق فهو على خمسة أوجه أيضا أما إذا تعيب بآفة سماوية ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها فهو بالخيار إن شاء ضمنها نصف قيمته يوم قبضت لتعذر رد النصف كما قبضت وإن شاء أخذ النصف ناقصا وليس عليها من ضمان النقصان شيء لأن الصداق كان مملوكا لها ملكا تاما فتعيبه في يدها لا يلزمها شيئا من ضمان النقصان وكذلك ولو كان التعيب بفعل الصداق بنفسه فهو كالتعيب بآفة سماوية لأن فعله بنفسه هدر وكذلك ولو كان التعيب بفعل المرأة لأن فعلها صادف ملكا صحيحا لها فلا يكون موجبا ضمان النقصان عليها بخلاف فعل الزوج قبل القبض فإنه صادف ملكها فيصلح أن يكون موجبا للضمان عليه فأما إذا كان التعيب في يدها بفعل أجنبي فإن الأجنبي ضامن للنقصان وذلك بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة لأنه بدل جزء من عينها فيمنع تنصف الأصل بالطلاق وإنما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك أن كان التعيب بفعل الزوج لأن الزوج بمنزلة الأجنبي في جنايته على الصداق بعد التسليم إليها فكان فعله كفعل أجنبي آخر في إيجاب الإرش وذلك يمنع تنصف الصداق بالطلاق وإن كان التعيب في يدها بعد الطلاق كان للزوج أن يأخذ نصف الأصل مع نصف النقصان لأن السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة بمنزلة المقبوض بحكم شراء فساد فليزمها ضمان النقصان إذا تعيب بآفة سماوية أو بفعله بنفسه أو بفعلها لأنه مضمون عليها بالقبض والأوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وإن كان التعيب بفعل الأجنبي فالأرش بمنزلة الزيادة المنفصلة وقد بينا حكمه ووقع في المختصر أن التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء وهو غلط بل الصحيح من الجواب في كل فصل ما ذكرنا

(قال) وإن كان المهر جارية فلم تقبضها المرأة حتى وطئها الزوج فولدت فادعى ولدها لم يصدق على ذلك لأنها مملوكة للمرأة والاستيلاد في ملكها غير صحيح إلا أن الحد سقط عن الزوج لأن الصداق مضمون عليه بالعقد بمنزلة المبيع في يد البائع فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد وإذا سقط الحد لزمه العقر فكان العقر مع الولد زيادة

منفصلة متولدة من الأصل لأن المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدل عن ذلك فإذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فتكون الجارية بينهما ولا تصير أم ولد للزوج لأن حق أمومية الولد يثبت لها باعتبار ثبوت نسب الولد ونسب الولد غير ثابت هنا فكذلك لا يثبت لها حق أمومية الولد ولكن نصف الولد يعتق على الزوج لأنه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه باعتبار الجزئية ويسمى للمرأة في نصف القيمة لأن نصيبها احتبس عند الولد ولا يصير الزوج ضامنا لأنه ما صنع في الولد شيئا إنما صنعه في ا لطلاق وذلك ليس بمباشرة لإعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف إلى الزوج ثم يعتق عليه حكما لملكه ولكنها ترجع عليه بنصف العقر لأن العقر تنصف بينهما فإن قتلت الخادم أو ماتت عند المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فللزوج عليها نصف الفيمة يوم قبضت لأنه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على الفاتل لأن فعله ما لاقى ملك الزوج فإنه حين قتلها كانت الخادم ملكا للمرأة فلهذا لم يكن للزوج أن يضمن القاتل شيئا

(قال) وإن كانت ازدادت في يدها زيادة متصلة فهلكت ثم طلقها قبل الدخول فإنه يرجع عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك إن استهلكت لأنها أتلفت ملك نفسها فلا يلزمها بالإتلاف شيء ولكنها بالقبض تصير ضامنة للزوج نصف قيمتها حين قبضت

(قال) ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل فهلكت في يدها ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الأصل لأن المانع من تنصيف الأصل هو الزيادة فحين مات ولم يخلف بدلا صار كأن لم يكن فيتنصف الأصل إلا أنه إن كانت الزيادة ولدا وقد نقصتها الولادة ثبت للزوج الخيار للنقصان الحادث في يدها في الصداق وإن لم يتمكن نقصان بسبب الولادة فلا خيار له إلا أن تكون المرأة هي التي استهلكت الولد فحينئذ يكون له الخيار بمنزلة الجارية المبيعة إذا ولدت فأتلف المشتري ولدها ثم أراد رد الأصل بالعيب

ولو كانت الولادة في يد الزوج فهلك الولد لم يضمن الزوج شيئا لأن الولد حدث بغير صنعه وهلك بغير صنعه بمنزلة ولد المغصوبة ولكن إن تمكن نقصان بسبب الولادة يثبت لها الخيار لأجل النقصان وإن كان الزوج هو الذي أتلف الأصل والزيادة ضمن قيمتها للمرأة لأن الزيادة أمانة في يده فيضمنها بالإتلاف كالمغصوبة وإن طلقها قبل الدخول ضمن لها نصف الأصل والزيادة

(قال) وإن كانت الجارية قائمة عند الزوج فأعتقها الزوج لم يجز عتقه لأنه أعتق ما لا يملك وكذلك لو طلقها قبل الدخول لم ينفذ ذلك العتق لأنه سبق ملكه ولو كانت المرأة هي التي أعتقتها نفذ عتقها في الكل لمصادفته ملكها ثم إذا طلقها الزوج ضمنها نصف قيمتها يوم أعتقها لأنها بالإعتاق تصير قابضة متلفة

(قال) وإن كانت المرأة قبضت الصداق وهو جارية ثم طلقها قبل أن يدخل بها ثم أعتقها الزوج لم ينفذ عتقه في شيء منها وعند زفر – رحمه الله تعالى – ينفذ عتقه في نصفها لأن من أصله أن حكم التنصيف يثبت بنفس الطلاق ويعود نصفها إلى ملك الزوج كما لو كان قبل القبض فينفذ عتقه في نصيبه ولكنا نقول : سبب ملكها في النصف يفسد بالطلاق حتى يستحق عليها رد النصف ولكن لا يبطل ملكها في شيء إلا بالرد بقضاء أو رضاء لأن فساد السبب في الإبتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض فلأن لا يمنع بقاء الملك أولى فإذا لم يعد شيء من العين إلى الزوج لا ينفذ عتقه

(قال) ولو قضى القاضي له بنصفها بعد ذلك لا ينفذ ذلك العتق السابق لأنه سبق ملكه بمنزلة المشترات شراء فاسدا وقد قبضها المشتري وأعتقها البائع ثم ردت عليه لم ينفذ العتق وإن كان أعتقها بعد ما قضى له القاضي بنصفها أو ردت المرأة عليه النصف **بالتراضي** نفذ عتقه فيكون حكمه كحكم جارية بين رجلين أعتقها أحدهما ولو كانت هي التي أعتقت الجارية بعد الطلاق نفذ عتقها بالكل وكذلك إن باعت أو وهبت لأن الملك في الكل باق لها قبل قضاء القاضي وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد تقرر السبب الموجب له فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بالشبهة حتى غرم الواطئ عقرها فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الصل وكحكم الأرش لأنه بدل جزء من عينها فإن المستوفي بالوطء في حكم العين دون المنفعة

(قال) ولا شفعة في الدار التي تتزوج عليها المرأة وهو مذهب الشافعي – رحمه الله تعالى – أيضا لأن الشفعة في الدار لو وجبت إنما تجب للجار وهو لا يوجب الشفعة للجار أصلا وعلى قول ابن أبي ليلى – رحمه الله تعالى – تجب الشفعة

(قال) ولو تزوجها على شقص من دار لم تجب فيه الشفعة عندنا وعند ابن أبي ليلى والشافعي – رحمه الله تعالى – تجب لأن النصف ملك بعقد معاوضة فكان كالمملوك بالشراء فتجب فيه الشفعة بقيمة العوض والعوض هو البضع وقيمته مهر المثل وهو كمن اشترى دارا بعبد يأخذها الشفيع بقيمة العبد وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال مطلق والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة وهذا لأن الشفيع إنما يتملك بمثل السبب الذي به تملك المشتري فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا في إنشاء سبب آخر ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لأنه لو أخذه بعوض فكان سببا آخر غير السبب الذي تملك به المتملك فكذلك هنا المرأة ملكت الدار بالنكاح صداقا فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سببا آخر

بخلاف ما إذا اشتراها بعبد فإن الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق

(قال) وإذا تزوجها على دار على أن ترد المرأة عليه ألف درهم لم يجب للشفيع الشفعة في شيء من الدار في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وعندهما تقسم الدار على الألف وعلى مهر مثلها فما يخص الألف تجب الشفعة فيه للشفيع لأن العقد فيما يخص الألف شراء وفيما يخص البضع نكاح

ألا ترى أنه يثبت فيه حكم الشراء من الرد بالعيب اليسير والفاحش وغيره من أحكام البيع وكذلك حكم الصرف يثبت فيه لو تزوجها على مائة دينار على أن ترد عليه ألف درهم يجب التقابض في حصة الصرف ويجوز أن تستحق الشفعة في بعض ما تتناوله الصفقة دون البعض كما لو اشترى دارا وعبدا صفقة واحدة فإنه تجب الشفعة في الدار دون العبد ولأبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أن البيع هنا تبع للنكاح لأن البيع لم يكن مقصودا بهذه الصفقة وإنما كان المقصود النكاح

ألا ترى أنه تتوقف حصة البيع على قبول المرأة إذا حصل العقد من فضولي والشراء مقصودا لا يتوقف وكذلك ينعقد بلفظة الرد ولا يحتاج فيه إلى القبول حتى إذا قال زوجيني نفسك على هذه الدار على أن تردي علي ألفا فقالت فعلت يتم بدون قبول الزوج وإنها لو قبلت حصة النكاح دون البيع صح ولو قبلت حصة البيع دون النكاح لم يصح وإذا ثبت أن الشراء تبع للنكاح فنقول : إذا لم تجب الشفعة باعتبار الأصل لا تجب باعتبار التبع كالعرصة الموقوفة إذا كان عليها بناء لم تجب الشفعة في ذلك البناء وهذا لأن المقصود بالأخذ بالشفعة دفع ضرر الجار الحادث ولا يحصل هذا المقصود إذا لم تجب الشفعة في ما هو الأصل بخلاف الرد بالعيب فإنه يثبت باعتبار البيع لأن العيب في الأصل فوات وصف هو تبع

وكذلك حكم الصرف يثبت في ما هو تبع كالصفائح من الذهب في الدار المشتراة بالفضة يثبت فيها حكم الصرف

(قال) ولو تزوج امرأة على كذا من الإبل أو البقر أو الغنم فلها العدد المسمى من الوسط من ذلك الجنس وإن أتى بقيمة ذلك أجبرت على القبول بمنزلة ما لو تزوجها على عبد وقد بيناه

(قال) والأثواب الهروية وغيرها من أجناس الثياب كذلك وهذه المسألة على ثلاثة أوجه :

أحدها أن يتزوجها على ثوب هروي بعينه فلها ذلك الثوب إن كان هرويا وإن لم يكن هرويا

وعلى قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – لها قيمة ثوب هروي وسط وعلى قول زفر – رحمه الله تعالى – لها الخيار . إن شاءت أخذت الثوب بعينه وإن شاءت طالبت الزوج بقيمة ثوب هروي وسط لأن العقد أضيف إلى عين ذلك الثوب ولكنها وجدته على خلاف شرطها فلها الخيار كما لو وجدته معيبا ولكنا نقول المشار إليه ليس من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى دون المشار إليه وهو أصل معروف نقرره في موضعه إن شاء الله تعالى

ولو تزوجها على ثوب هروي بغير عينه ولم يبين الصفة فإن أتاها بالثوب أجبرت على القبول وإن أتاها بالقيمة أجبرت أيضا بمنزلة العبد المطلق لأن الثوب الذي هو غير موصوف لا تثبت عينه في الذدمة ثبوتا صحيحا وإنما صحت هذه التسمية باعتبار المالية والثوب في ذلك وقيمته سواء وإن بين صفة هذا الثوب فعلى قول زفر – رحمه الله تعالى – تجبر على قبول القيمة إذا أتاها بها وعلى قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – إن ذكر الأجل مع ذلك لم تجبر على قبول القيمة وإن لم يذكر الأجل أجبرت عليه لأن الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا

ألا ترى أنه لا يجوز استقراضها ويجوز السلم فيها لأن القرض لا يكون إلا حالا والسلم لا يكون إلا مؤجلا فعند ذكر الأجل يثبت الثوب دينا ثبوتا صحيحا فلا تجبر على قبول القيمة وعند عدم ذكر الأجل لا يثبت ثبوتا صحيحا وزفر – رحمه الله تعالى – يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا – لأن بالمبالغة في ذكر وصفه يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز السن فيه واشتراط الأجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فيستوي في هذا إن ذكر الأجل أو لم يذكر

ولكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز إلا مؤجلا وإن لم يكن العقد سلما فعرفنا أن الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا

(قال) فإن تزوجها على مكيل أو موزون فإن سمى جنسه وصفته ومقداره لم تجبر على قبول القيمة إذا أتاها بها لأن المكيل والموزون يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا حالا كان أو مؤجلا بدليل جواز استقراضها والسلم فيها فإن لم يذكر الصفة ففي ظاهر الرواية إذا أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لأنها بتسمية الجنس بدون الصفة لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

وروى الحسن عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أنها لا تجبر على قبول القيمة لأن التسمية متى صحت بذكر الجنس تعين الوسط من ذلك الجنس كما في العبد والثوب الهروي فما تعين من الوصف شرعا يكون كالمذكور نصا فلا تجبر على قبول القيمة

(قال) فإن تزوجها على دراهم أو شيء من العروض لا تبلغ قيمته عشرة دراهم فإنه يكمل لها عشرة دراهم عندنا وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لها ما سمى والأصل عنده أن كل ما يصله ثمنا في البيع يصلح صداقا في النكاح وعندنا أدنى المهر عشرة دراهم من الفضة أو مما تكون الفضة فيه غالبة على الغش واستدل بقوله – صلى الله عليه و سلم – المهر جائز قليله وكثيره وفي رواية المهر ما تراضى عليه الأهلون وفي رواية من استحل بدرهم فقد استحل

وروي أن إمرأة عرضت نفسها على رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فلم ير فيها رغبة فقال ما لي حاجة إلى النساء فقالت زوجني ممن شئت فقام رجل فقال زوجها مني فقال : ماذا تصدقها فقال : إزاري هذه فقال : إذا قعدت ولا إزار لك التمس ولو بفلس التمس ولو خاتما من حديد فقال لا أجد فقال : هل تحسن شيئا من القرآن فقال : نعم سورة كذا فقال : زوجتكها بما عندك من القرآن

فهذه الآثار تدل على أن المهر لا يتقدر بشيء وكذلك في الكتاب الشرط هو المال المطلق قال الله تعالى : ﴿ أن تبتغوا بأموالكم ﴾ فتقييد ذلك المال بالعشرة يكون زيادة على النص وحجتنا في ذلك حديث جابر رضي الله عنه أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال : (ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشر دراهم)

وفي حديث عبد الله بن عمر – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال : (لا قطع في أقل من عشرة دراهم ولا مهر أقل من عشرة دراهم) وفي الكتاب قال بلغنا ذلك عن علي وابن عمر وعائشة وعامر وإبراهيم – رضوان الله عليهم أجمعين – والمعنى فيه أنه بدل في عقد لم يجعل إيجاب أصله إلى المتعاقدين فيكون مقدرا شرعا كالدية وبيان ذلك أن النكاح لا ينعقد صحيحا إلا موجبا للعوض إما في الحال أو في الثاني على ما بينا وإنما كان اشتراط العوض فيه شرعا لإظهار خطر البضع ولا يحصل هذا المقصود بأصل المالية فإسم المال يتناول الخطير والحقير وإنما يحصل إظهار الخطر بمال مقدر وإليه أشار الله تعالى بقوله : ﴿ قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم ﴾ والبضع من وجه في حكم النفوس حتى لا يسقط حكم الفعل فيه بالبدل ولأن الوطء سبب لإعلاق النفس وإذا كان بغير ملك يضيع لانعدام من ينفق عليه فكان الخطر ه نا في معنى الخطر في النفوس والمال الذي هو بدل عن النفوس مقدر شرعا وهو الدية وهذا لأن كل مال أوجده الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة وغيرها فكذا الصداق مما أوجبه الشرع فيكون مقدرا شرعا وإليه أشار الله تعالى في قوله : ﴿ قد علمنا ما فرضنا عليهم ﴾ الآية معناه ما قدرنا فإن الفرض عبارة عن التقدير

وعلى هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق لأنه يستباح به ما لا يستباح بالبدل فكذلك الصداق وتأويل الآثار المروية في ما يعجله لها باليد ألا ترى أنه أمر ذلك الرجل بالالتماس والصداق ممكن إثباته في الذمة فعرفنا أن المراد ما يعجله لها باليد وذلك غير مقدر شرعا عندنا وإذا ثبت هذا فنقول :

إذا تزوجها على خمسة دراهم فلها عشرة دراهم استحسانا في قول علماؤنا الثلاثة إن دخل بها أو مات عنها وإن طلقها قبل الدخول بها فلها خمسة وفي القياس لها مهر مثلها إن دخل بها والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها وهو قول زفر – رحمه الله تعالى – وجه القياس أنه سمى ما لا يصلح أن يكون صداقا لها شرعا فيكون بمنزلة ما لو سمى لها خمرا أو خنزيرا وللاستحسان وجهان :

أحدهما أن العشرة في كونها صداقا لا تتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما لو تزوج نصفها صح النكاح في الكل جميعا

والثاني أن الأمهار إلى تمام العشرة حق الشرع وما زاد على ذلك حقها فإذا رضيت بالخمسة فقد أسقطت ما هو حقها وبعض ما هو حق الشرع فيعمل إسقاطها في ما هو حقها وهو الزيادة على العشرة ولا يعمل في حق الشرع وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة دراهم وإن طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وإنما تعتبر قيمة الثوب يوم تزوجها عليه وكذلك إن سمى لها مكيلا أو موزونا لأن تقدير المهر واعتباره عند العقد

وروى الحسن عن أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد لأن المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلهذا يعتبر قيمته وقت القبض

(قال) وإذا تزوجها على غير مهر مسمى ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة لقوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء . . . . . . ومتعوهن ﴾ وأدنى المتعة درع وخمار وملحفة هكذا روي عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما أن المتعة ثلاثة أثواب لأن المرأة تصلي في ثلاثة أثواب وتخرج في ثلاثة أثواب عادة فيكون ذلك متعة لها تذكرة من الزوج إذا فارقها قبل أن يدخل بها وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – المتعة شيء نفيس من ثوب أو خادم أو فرس أو نحو ذلك إلا أن يكون مهر مثلها أقل من قيمة المتعة فحينئذ يكون لها نصف مهر مثلها لا ينقص من خمسة دراهم عندنا وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لها المتعة ولا معتبر لمهر المثل لأنه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك ولكنا نقول النكاح الذي فيه تسمية في حكم الصداق أقوى مما لا تسمية فيه فإذا كان في العقد الذي فيه التسمية لا يجب لها بـالطلاق أكثر من نصف ما كان واجبا قبله وكذلك في النكاح الذي لا تسمية فيه وقد كان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فلا تزاد المتعة على نصف مهر المثل وإن كانا سواء فالواجب هو المتعة لأنها فريضة في كتاب الله تعالى فعند المساواة تترجح المتعة

(قال) ولو تزوجها على ما في بطن جاريته أو على ما في بطن أغنامه لم تصح التسمية لأن شرط صحة التسمية كون المسمى مالا وما في البطن ليس بمال متقوم وهذا بخلاف الخلع فإنه لو خالعها على ما في بطن جاريتها صحت

التسمية لأن ما في البطن بعرض أن يصير مالا بالإنفصال وأحد العوضين في الخلع يحتمل الإضافة وهو الطلاق فالعوض الآخر كذلك يحتمل الإضافة فإذا سمى ما في البطن فكأنه أضاف التسمية إلى ما بعد الإنفصال وفي النكاح أحد العوضين لا يحتمل الإضافة فالعوض الآخر كذلك والمسمى في الحال ليس بمال فكان لها مهر مثلها وكذلك لو تزوجها على ما تحمل نخله أو تخرج أرضه العام أو على ما يكتسب غلامه لأن المسمى معدوم وتأثير العدم أبلغ من تأثير الجهالة فإذا كان لا يصح تسمية مجهول الجنس كالثوب والدابة فتسمية المعدوم أولى أن لا تصح

(قال) ولو تزوجها على عبد بعينه فوجدته حرا فلها مهر مثلها في قول أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – وهو قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – وفي قوله الآخر قيمة ذلك الشخص أن لو كان عبدا وكذلك لو تزوجها على هذه الشاة المذبوحة فإذا هي ميتة أو تزوجها على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – لها مثل ذلك الدن من خل وسط

أبو يوسف – رحمه الله تعالى – يقول : سمى لها في العقد مالا وهو العبد والذكية والخل فصحت التسمية ثم تعذر تسليم المسمى بما ظهر فتجب القيمة فيما ليس من ذوات الأمثال والمثل فيما هو من ذوات الأمثال كما لو تعذر تسليم المسمى بالهلاك في يد الزوج وهذا لأنه حين ظهر حرا فقد استحق نفسه فيجعل كاستحقاق الغير إياه ولو تزوجها على عبد فاستحق كان لها قيمته فكذلك إذا استحق نفسه بالحرية

وأبو حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – قالا : الأصل أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا فإن كان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه وإن كان من غير جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى

ألا ترى أنه لو اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج كان البيع باطلا لأن المشار إليه من غير جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى والمسمى معدوم وبيع المعدوم باطل ولو اشترى فصا على أنه ياقوت أحمر فإذا هو ياقوت أصفر جاز البيع لأن المشار إليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار إليه لأن الإشارة أبلغ في التعريف لأنها تقطع الشركة من كل وجه

إذا عرفنا هذا فنقول : العبد والحر جنس واحد فإن الآدمي باعتبار الأصل حر ثم يعترض الرق فيه والإعتاق إتلاف لذلك الرق العارض فلا يوجب تبديل الجنس واختلاف الجنس إما باختلاف الأصل أو الهيئة أو المقصود وذلك لا يوجد بين الأحرار والعبيد فإذا اتحد الجنس تعلق العقد بالمشار إليه وهو الحر دون المسمى والمشار إليه ليس بمال فلا يصح تسميته بخلاف عبد الغير فإنه مال متقوم وإن كلن لا يقدر على تسليمه وعلى هذه الذكية والميتة فإن الجنس واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه

فأما محمد – رحمه الله تعالى – في الخمر والخل قال هما جنسان مختلفان لأن المقصود منهما يختلف وكذلك الخل قط لا يصير في مثل حال الخمر والخمر إسم لعين حرام والخل إسم لمطعوم حلال فكانا جنسين فيتعلق العقد بالمسمى والمسمى هو الخل فلهذا كان لها مثل ذلك الدن من الخل

وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول : الخل والخمر جنس واحد فإن الأصل واحد والهيئة واحدة وهذه أوصاف تعترض على العين فلا توجب تبديل الجنس كالصغر والكبر في الآدمي فإن الحلاوة في العصير بمنزلة الحلاوة التي تكون

في الصغر ثم الشدة في الخمر بمنزلة الحدة والقوة التي تكون في الشباب ثم الحموضة في الخل بمنزلة حال الشيخوخة فكما أن بتبدل الأحوال لا يختلف جنس الآدمي فكذلك بتبدل الأحوال في العصير فإذا كان الجنس واحدا تعلق العقد بالمشار إليه والمشار إليه ليس بمال فلهذا كان لها مثلها

(قال) فإن تزوجها على أمة فولدت عنده ثم مات ولدها فليس على الزوج في الولد ضمان لأنه لم يصنع في الولد شيئا ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الأمة إن دخل بها ولا خيار لها إن كان نقصان الولادة يسيرا كما لو تعيبت في يد الزوج بعيب يسير سوى نقصان الولادة وإن كان النقصان فاحشا فلها الخيار إن شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا من النقصان وإن شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لأن نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فأما إذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة وإن كان الزوج قتل الولد ضمن لها قيمته لأنه كان أمانة في يده فيضمنه بالإتلاف فإن كان في قيمته وفاء نقصان الولادة لم يضمن نقصان الولادة لأن قيمة الولد قائمة مقام الولد فيكون جابرا بالنقصان وإن لم يكن فيها وفاء فعل يه تمام ذلك به أجاب في الكتاب وهو غلط فقد بين في الإبتداء أن الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذلك لا يضمن ما زاد على قيمة الولد من قدر النقصان ولكنه إذا كان يسيرا فلا خيار لها وإن كان فاحشا فلها الخيار كما بينا

(قال) وإذا أخذت المرأة رهنا بصداقها وقيمته مثل الصداق فهلك عندها فهو كما فيه لأن دين الصداق يستوفى كسائر الديون والرهن يثبت يد الإستيفاء ويتم الإستيفاء به عند هلاك الرهن قال – صلى الله عليه و سلم – : الرهن بما فيه . فصارت عند هلاك الرهن مستوفية لصداقها بمنزلة ما لو استوفت حقيقة فإن طلقها قبل أن يدخل بها ضمنها نصف الصداق كما لو كانت استوفت حقيقة وإن كان هلاك الرهن بعد الطلاق فلا ضمان عليها في ذلك لأن بالطلاق قبل الدخول سقط نصف الصداق من غير عوض غرمه الزوج ولو سقط الكل بإبرائها خرج الرهن من أن يكون مضمونا في الكل فكذلك إذا سقط النصف فإنما يبقى ضمان الرهن بما بقي وعند هلاكه إنما صارت مستوفية لما بقي فلهذا لا تغرم له شيئا بخلاف الأول فإن عند هلاك الرهن كان جميع الصداق واجبا هناك فصارت مستوفية للكل فلهذا لزمها رد النصف بعد الطلاق

(قال) ولو لم يكن في النكاح تسمية ورهن عندها برهن المثل رهنا صح الرهن لأن مهر المثل كالمسمى في كونه دينا واجب الاستيفاء فإن هلك الرهن وفي قيمته وفاء لمهر المثل صارت مستوفية وإن طلقها قبل أن يدخل بها فعليها أن ترد ما زاد على قدر المتعة لأن قدر المتعة هنا كنصف المسمى هناك فعليها أن ترد ما زاد على ذلك وإن طلقها قبل الدخول بها والرهن قائم فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة في قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – الآخر وهو القياس وفي قوله الأول وهو الاستحسان وهو قول محمد – رحمه الله تعالى – لها أن تحبس الرهن بالمتعة لوجهين

(أحدهما) أن المتعة بمنزلة جزء من أجزاء مهر المثل ألا ترى أن في النكاح الذي فيه التسمية ما يجب بعد الطلاق جزء مما كان فيه فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وهذا لأن الطلاق مسقط فلا يصلح أن يكون موجبا فعرفنا أن ما بقي بعض ما كان واجبا قبل الطلاق والرهن بالدين يكون محبوسا بكل جزء منه

(والثاني) أن المتعة خلف عن مهر المثل لأنه يجب عند سقوط مهر المثل بالسبب الذي كان يجب به مهر المثل وهو النكاح وهذا هو حد الأصل والخلف

ثم الرهن بالشيء يكون محبوسا بما هو خلف عنه كالرهن بالعين المغصوبة يكون محبوسا بقيمتها ووجه قوله الآخر أن المتعة دين حادث سوى مهر المثل والمحبوس بدين لا يكون محبوسا بدين آخر سواه والدليل على أنه من خلاف جنس مهر المثل فإن المتعة ثياب ومهر المثل من النقود ولأن مهر المثل قيمة بضعها والمتعة تذكرة لها ولا يلتقيان بحال فإن مهر المثل يجب في حال قيام النكاح والمتعة تجب بعد ارتفاع النكاح والدليل عليه أن الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة فإذا ثبت أنهما دينان مختلفان لم يكن الرهن بأحدهما محبوسا بالآخر فإذا هلك الرهن في يدها قبل أن تمنعه لم يكن عليها ضمان ولكنها في قوله الأول تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لا تصير مستوفية فلها أن تطالب الزوج بالمتعة وإن منعت الرهن على الزوج بعد مطالبته حتى هلك

ففي قوله الأول لا ضمان عليها لأنها حبسته لحق وفي قوله الآخر هي ضامنة للزوج قيمة المرهون لأنها حبسته بغير حق فصارت غاصبة ضامنة

(قال) فإن تزوجها على غير مهر مسمى ثم فرض لها بعد العقد دارا فلا شفعة للشفيع فيها لأن الفرض بعد العقد تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتهة وإن كان سمى في العقد مهرا ثم باعها داره به كان للشفيع فيها الشفعة لأنها ملكت الدار شراء بالمهر ولو طلقها قبل أن يدخل بها كانت الدار سالمة لها لأن الشراء لا يبطل بالطلاق ولكنها ترد نصف المسمى على الزوج لأنها صارت مستوفية للصداق بالشراء

(قال) ولو تزوجها على أن يشتري لها هذه الدار ويعطيها إياها مهرا أو قال أتزوجك على هذه الدار على أن أشتريها فأسلمها إليك كان لها أن تأخذه بذلك لأنه شرط لها ذلك والوفاء بالشرط واجب فإن عجز عن ذلك فعليه قيمة الدار لها وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف القيمة لأن التسمية صحيحة فإن المسمى مال وإن كان الزوج عاجزا عن تسليمه وقت العقد لأن القدرة على تسليم الصداق لا تشترط لصحة التسمية فإن القدرة على التسليم فيما يقابل الصداق ليس بشرط لصحة العقد ولكن شرط صحة العقد فيه صفة الحل فكذا في الصداق شرط صحة التسمية صفة المالية وقد وجد فإذا تحقق عجزه عن تسليم المسمى تلزمه قيمته وهذا بخلاف الكتابة فإنه لو كاتب عبده على عبد الغير فإنه لا يجوز على الرواية التي تجوز الكتابة على العين لأن عقد الكتابة كالبيع من حيث أنه يحتمل الفسخ ولا يصح إلا بتسمية البدل فكما أن العجز عن التسليم في ا لبيع يمنع صحة العقد فكذا في الكتابة

(قال) فإن تزوجها على دار فاستحق نصفها خيرت في النصف الباقي لأن التشقيص في الأملاك المجتمعة عيب فاحش فإن نصف الدار لا يشترى بنصف ما يشترى به جميع الدار عادة وقد بينا أن ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو عيب فاحش فإن شاءت ردت النصف الباقي بالعيب ورجعت بجميع قيمة الدار وإن شاءت أمسكت ورجعت بنصف قيمة الدار وإن طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها لأن حقها بعد الطلاق في نصف الدار ونصف الدار سالم لها فلا ترجع بشيء آخر عليه

(قال) ولو تزوجها على مهر مسمى ثم زاد فيه جازت الزيادة إن دخل بها أو مات عنها إلا على قول زفر – رحمه الله تعالى – أصله الزيادة في الثمن بعد العقد وهي مسألة البيوع ودليلنا لجواز الزيادة هنا قوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ﴾ معناه من فريضة بعد الفريضة ولو طلقها قبل الدخول بها بطلت الزيادة إلا في قول أبي يوسف الأول وقد بيناه

(قال) وإذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية وهذا على وجهين :

إن كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدا في العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية لأن تلك المواضعة ما كانت لازمة وجعل ما تعاقدا عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السر والعلانية سمعة فحينئذ المهر ما سمى لها في السر لأنهما في الإشهاد أظهرا أن مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب إلا على قول أبي ليلى – رحمه الله تعالى – فإنه يقول : كما لا يعمل الهزل في جانب المنكوحة فكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية

فأما إذا تعاقدا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأول لأن العقد الثاني بعد الأول لغو زبالإشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سمعا فيه وإن لم يشهدا في ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب أن المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا : وهذا عند أبي حنيفة – رحمه اله تعالى

فأما عند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – المهر هو الأول لأن العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضا يلغو وعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أصل العقد الثاني وإن صار لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر سنا منه هذا إبني فإنه لما لغى صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد

وعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وإن لغي صريح كلامه في حكم النسب بقي معتبرا في حق العتق

(قال) وإذا تزوجها على ألف درهم على إن ردت عليه عبدا فهو جائز لأنها بذلت شيئين بإزاء الألف البضع والعبد فيقسم الألف على قيمة العبد ومهر مثلها فما أصاب العبد يكون شراء حتى إذا مات العبد قبل التسليم أو وجد الزوج به عيبا فرده بطل ذلك القدر وما أصاب مهر المثل فهو صداق لها حتى إذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف ذلك

(قال) وإن تزوجها على أبيها وقيمته ألف درهم على أن ردت عليه أمة قيمتها ألفان جاز ذلك وعتق الأب قبضته أو لم تقبضه لأن الأب مقسوم على مهر مثلها وعلى قيمة الأمة فما يخص قيمة الأمة تكون مشترية له بالأمة وما يخص مهر المثل يكون صداقا لها وكلا السببين يوجب الملك بنفسه فإذا ملكت الأب عتق عليها ثم إذا طلقها قبل الدخول فعليها رد نصف ما يخص مهر المثل من قيمة أبيها لأنها صارت قابضة للأب بالعتق وحصة الصداق منه تتنصف بالطلاق وقد عجزت عن رده فعليها رد نصف قيمة ذلك

(قال) وإذا تزوجها على ألف درهم على أن ترد عليه ألف درهم فلها مهر مثلها بمنزلة ما لو يسمي لها مهرا لأن الألف المذكورة بمقابلة الألف المشروطة عليها فإن الأموال الربوية متى قوبلت بجنسها يكون الجنس بمقابلة المثل لأن

المقابلة باعتبار المالية والمالية مع القدرة لا تتفاوت فإذا صارت الألف بمقابلة الألف بقي النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها

(قال) وإن تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الأألف على مائة دينار وعلى مهر مثلها فما أصاب الدنانير يكون صرفا ويشترط فيه التقابض في المجلس وما يخص مهر المثل يكون صداقا فإذا طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج إن كانت قبضت الألف وهذا لأن المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس المقابلة باعتبار القيمة لأن الجودة لها قيمة في هذه الحالة والدنانير في حكم المقابلة كالعروض ولو تفرقا قبل التقابض بطلت حصة الدنانير من الدراهم لوجود الإفتراق قبل القبض في عقد الصرف وفي هذه الوجوه :

إن كانت حصة مهر المثل من الألف أقل من عشرة يكمل لها عشرة كما لو تزوجها على ذلك القدر ولو تزوجها على ألف درهم وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ردت عليه عبدا فنقول : المرأة بذلت شيئين البضع والعبد والزوج بذل الألف وشرط الطلاق في ضرتها فيقسم اللف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فإن كانا سواء صار نصف اللف ثمنا للعبد ونصف اللف صداق لها فإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك وإن دخل نظر فإن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك وإن كان مهر مثلها اكثر من ذلك فإن وفى بالشرط بأن طلق امرأته فلانة فليس لها إلا خمسمائة وإن أبى أن يطلق لم يجبر على ذلك لأن شرط الطلاق وإيقاع الطلاق لا يصح إلتزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولكن لها كمال مهر مثلها لأن لها في طلاق ضرتها منفعة فإنما رضيت بدون مهر مثلها بشرط أن تسلم لها هذه المنفعة فإذا لم تسلم كان لها كمال مهر مثل ها

(قال) ولو كان تزوجها على ألف درهم وعلى طلاق فلانة على أن ردت عليه عبدا فهنا يقع الطلالق بنفس العقد بخلاف الأول لأن هناك شرط أن يطلق فما لم يطلق لم يقع وهنا أجب الطلاق بالعقد عوضا والعوض يثبت بنفس العقد فلهذا يقع الطلاق هنا والزوج بذل شيئين الألف والطلاق والمرأة بذلت شيئين البضع والعبد والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخرين فإذا كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الألف ونصف الطلاق بمقابلة العبد ثمنا ونصف الألف ونصف الطلاق صداق لها فإذا طلفها قبل الدخول بها كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لأن بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع فكان الطلاق بجعل فيكون بائنا وإن لم يكن الجعل مشروطا على المطلقة وإنما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لأن المجهول إذا ضم إلى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة وإن استحق ا العبد أو هلك قبل التسليم رجع بحصة خمسمائة حصة العبد لما قلنا وتتنصف قيمة العبد أيضا لأن نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق الجعل أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف

(قال) ولو تزوجها على ألف درهم وعلى أن يطلق فلانه فأبى أن يطلقها فلها كمال مهر مثلها عندنا لأنها إنما رضيت بالألف باعتبار منفعة طلاق الضرة فإذا لم يسلم لها ذلك فلها كمال مهر مثلها كما لو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدي لها هدية

وعلى قول زفر – رحمه الله تعالى – إن شرط لها مع الألف ما هو مال كالهدية والكرامة فكذلك الجواب وإن شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها إلا الألف لأن المال يتقوم بالإتلاف فكذلك يمنع التسليم إذا شرط لها في العقد فأما الطلاق ونحوه لا يتقوم بالإتلاف فكذا لا يتقوم بمنع التسليم ولكنا نقول : لا نوجب الزيادة باعتبار تقوم ما شرط لها ولكن لانعدام رضاها بالألف بدون المنفعة المشروطة

(قال) ولو تزوجها على خمر أو خنزير وهما مسلمان كان لها مهر مثلها عندنا

وعلى قول مالك – رحمه الله تعالى – النكاح فاسد لأن تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن إيجاب الخمر بالعقد على المسلم فكان باطلا كما لو باع عبدا بخمر ولكنا نقول : هما شرطا قبول الخمر وهو شرط فاسد إلا أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وشرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا فإذا لم يكن بطلت التسمية فكأنه لم يسم لها عوضا فلهذا كان لها مهر مثلها هكذا نقول في البيع أنه يصير كأنه لم يسم له ثمنا والبيع يفسد عند عدم تسمية الثمن

(قال) ولو تزوجها على ألف وعلى أرطال معلومة فليس لها سوى الألف لأن تسمية الخمر والسكوت عنها سواء كما قلنا وذكر ابن سماعة عن محمد – رحمهما الله تعالى – أنه إذا تزوجها على هذا الدن من الخمر وقيمة الدن عشرة دراهم فلها الدن دون الخمر لأن الدن متقوم فيصير كأنه سمى لها الخمر مع العشرة

وفي رواية أخرى أن لها مهر مثلها لأن المقصود بهذه التسمية المظروف دون الظرف والظروف ليس بمال

(قال) ولو تزوجها على هذا الخمر فإذا هو خل أو على هذا الحر فإذا هو عبد فعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – لها المشار إليه

وروى محمد عن أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – أن لها مهر مثلها لأنه صرح بتسمية ما ليس بمال والأصح رواية أبي يوسف – رحمه الله تعالى – لما بينا فيما سبق أن عنده إذا كان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمشار إليه والمشار إليه مال متقوم

(قال) ولو تزوجها على ألف درهم إن لم يكن له إمرأة وعلى ألفي درهم إن كانت له إمرأة أو على ألف درهم إن لم يخرجها من الكوفة وعلى ألفين إن أخرجها أو قدم شرط اللفين في الفصلين فعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – المذكور أولا صحيح في الوجهين والثاني فاسد حتى إذا طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المذكور أولا وإن دخل بها فإن وفى بالشرط فلها الألف وإن لم يوف لها بالشرط فلها مهر مثلها لا يجاوز بها ألفي درهم لأنها رضيت بالألف باعتبار منفعة مشروطة فإذا لم تنل ذلك كان لها مهر مثلها ولكنها رضيت بالألفين بيقين فلهذا لا يجاوز به ألفين وإنما جوز الشرط الأول دون الثاني لأن موجب العقد مع بقائه قد تم بذكر الشرط الأول واستقر بذلك فبذكر الشرط الثاني قصد تغيير موجب العقد مع بقائه فلا يكون ذلك صحيحا

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – الشرطان جائزان على ما اشترطا وعند زفر – رحمه الله تعالى – الشرطان فاسدان فيكون لها مهر مثلها لا ينقص عن الألف ولا يزاد عن الألفين وأصل المسألة في كتاب الإجارات

إذا دفع إلى خياط ثوبا وقال : إن خطه اليوم فلك درهم وإن خطه غدا فلك نصف درهم وسنبينها ثمة مع نظائرها إن شاء الله تعالى

(قال) وإن تزوجها على ألف وكرامتها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الألف لأن مهر المثل سقط بالطلاق قبل الخول واشتراط الزيادة المجهولة إنما كان معتبرا في حال قيام العقد لإيجاب مهر المثل بقوله وقد سقط مهر المثل بالطلاق فكان لها نصف الألف كما لو لم يشترط تلك الزيادة أصلا

(قال) وإذا تزوجها على ألف درهم أو ألفين فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - يحكم مهر المثل فإن كان مهر مثلها ألفا أو أقل فلها الألف وإن كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وإن كان أكثر من ألف وأقل من ألفين فلها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - لها الألف في الوجوه كلها وحجتهما ذلك أن تسمية المال في النكاح منفصل عن العقد بدليل أنه لا يتوقف العقد على ذكره فكان ذلك بمنزلة التزام المال من غير عقد فإنما يجب القدر المتيقن به كمن أقر لإنسان بألف أو ألفين ولأن النكاح لايحتمل الفسخ بعد تمامه فالتخيير بين الألف والألفين فيه لا يمنع صحة العقد فكان قياس الطلاق بمال والعتق بمال وهناك إذا سمى الألف أو الألفين يجب القدر المتيقن به ولا وجه إلى الرجوع إلى مهر المثل لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه وبالتخيير لا تنعدم التسمية وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول :

النكاح عقد يستحق فيه التسليم والتسلم فالتخيير في المسمى فيه بين الأقل والأكثر يمنع صحة التسمية كالبيع بخلاف الطلاق والعتاق فإنه لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم إلا أن في البيع انعدام التسمية يمنع صحة البيع فكذا جهالة المسمى بخلاف النكاح وهذا لأن هذه الجهالة كجهالة مهر المثل أو أقوى منها فإنه متردد بين أجناس مختلفة تارة وبين المقادير المختلفة تارة ومثل هذه الجهالة يمنع صحة التسمية فإذا لم تصح التسمية يصار إلى الموجب الأصلي وهو مهر المثل وبه فارق الطلاق والعتاق لأنه لا موجب لذلك العقد في الأصل حتى لا يجب شيء عند عدم ذكر البدل فلهذا أوجبنا الأقل وبخلاف الإقرار لأن المال المقر به ليس بعوض فلو عينا الأقل لا يكون فيه بخس لحق المقر له وهنا الصداق عوض عما يستحق عليها وفي تعيين الأقل بخس لحقها والنظر واجب من الجانبين فحكمنا نهر المثل لهذا

(قال) وكذا إذا تزوجها على هذا العبد الحبشي أو على هذا العبد الأبيض فهو على ما بينا من تحكيم مهر المثل عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ووجوب الأوكس لها عندهما إلا أن يعطي الزوج الأفضل فحينئذ يجوز ذلك لأنه تبرع عليها وهذا عندهما بمنزلة ما لو قال : على أن أعطيك أيهما شئت ولو صرح بهذا كان له أن يعطيها أيهما شاء إن شرط المشيئة لنفسه وكان لها أن تأخذ أيهما شاءت إن شرط المشيئة لها

ولكن أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول : باشتراط الخيار لأحدهما تنعدم المنازعة بينهما ويستبد من له الخيار بالتعيين فلهذا صحت التسمية وعند عدم شرط الخيار تتحقق المنازعة وليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر فكانت التسمية فاسدة كما في البيع إذا باع أحد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار فيه لأحدهما جاز ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس وفي الفصل الأول لها نصف الألف لأن الزيادة على ذلك كانت باعتبار مهر المثل وقد سقط مهر المثل بالطلاق فلهذا كان لها نصف الأقل

(قال) وإن تزوجها على حكمه أو على حكمها أو على حكم رجل أجنبي فهذه التسمية فاسدة للجهالة وهذه الجهالة فوق جهالة مهر المثل إلا أنه أضاف الحكم إلى نفسه فإن حكم لها بمهر المثل أو أكثر جاز حكمه لأنه يحكم بالزيادة على نفسه وله هذه الولاية وإن حكم بأقل من مهر مثلها لم يجز بدون رضاها لأنه حكم عليها بإسقاط بعض حقها وليس له هذه الولاية عليها وإن أضاف الحكم إليها فإن حكم في مهر المث أو أقل فلها ذلك لأنها تحكم على نفسها وإن حكمت بأكثر من مهر مثلها لم يجز حكمها بدون رضا الزوج لأنها تحكم على الزوج بالزيادة وليس لها عليه هذه الولاية

وإن أضاف الحكم إلى الأجنبي فإن حكم بمهر المثل جاز ذلك وإن حكم بأقل من مهر المثل لم يجز بدون رضاها وإن حكم بأكثر من مهر المثل لم يجز بدون رضا الزوج

(قال) ولا يجب المهر على من قبل النكاح لغيره بوكالة أو ولاية على صغيرة أو على عبده أو على مكاتبه ما لم يضمنه ولها المهر على الزوج لحديث علي – رضي الله عنه – الصداق على من أخذ الساق . ولأن تسليم المعقود عليه إلى الزوج فوجب البدل عليه أيضا والعاقد معبر عنه حتى لا يستغني عن إضافة العقد إليه فلا يكون ملتزما للبدل إلا أن يضمنه فيؤاخذ بالضمان حينئذ

(قال) وإذا تزوج الحربي الحربية من غير مهر أو على ميتة ثم أسلما فلا مهر لها أما عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فظاهر كما في الذميين على ما بينا وعندهما في الذميين إنما يجب المهر لأن الخطاب بالإبتغاء بالمال شائع في دار الإسلام وأهل الذمة ملتزمون لأحكامنا في المعاملات فأما في دار الحرب الخطاب به غير شائع وهو غير ملتزمين لأحكامنا فلهذا لا شيء لها وإذا أسلما بعد ذلك فالحال حال بقاء النكاح والصداق ليس بشرط في حال بقاء النكاح

(يتبع . . .) ." (١)

" (قال) : بلغنا عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أنه قال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وذكر عروة عن عائشة – رضي الله عنهما – هذا الحديث قال : يحرم بالرضاع ما يحرم بالولادة وفيه دليل على أن الرضاع من أسباب التحريم وإنه بمنزلة النسب في ثبوت الحرمة لأن ثبوت الحرمة بالنسب لحقيقة البعضية أو شبهة البعضية وفي الرضاع شبهة البعضية بما يحصل باللبن الذي هو جزء الآدمية في إنبات اللحم وإنشاز العظم وإليه أشار رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال الرضاع ما أنبت اللحم وانشز العظم وفيه دليل على أن الحرمة بالرضاع كما تثبت من جانب الأمهات تثبت من جانب الآباء وهو الزوج الذي نزل لبنها بوطئه فإن رسول صلى الله عليه و سلم شبهه بالنسب في التحريم والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين فكذلك بالرضاع بخلاف ما يقوله بعض العلماء رحمهم الله تعالى أن لبن الفحل لا يحرم وهو أحد قولي الشافعي – رحمه الله تعالى – احتجوا بأن الله تعالى ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء فقال : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ . فلو كانت الحرمة تثبت من جانب الرجال لبنيها

---

(١) المبسوط، ٦٦/٤

الله تعالى كما بين الحرمة بالنسب ولأن الحرمة في حق الرجل لا تثبت بحقيقة فعل الإرضاع فإنه لو نزل اللبن في ثندؤة الرجل فأرضع به صبيا لا تثبت الحرمة فلأن لا تثبت في جانبه بإرضاع زوجته أولى وحجتنا ذلك حديث عمرة عن عائشة - رضي الله عنهما - قلت كان رسول الله - صلى الله عليه و سلم - في بيتي فسمعت صوت رجل يستأذن على حفصة رضي الله عنها فقلت هذا رجل يستأذن في بيتك يا رسول الله فقال - صلوات الله عليه - ما أراه إلا فلانا عما لحفصة من الرضاع فقلت لو كان فلان عمى من الرضاع حيا أكان يدخل علي فقال نعم الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة

وفي حديث آخر عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : يا رسول الله إن أفلح بن قعيس يدخل علي وأنا في ثياب فضل فقال - صلى الله عليه و سلم - ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة فقلت : إنما أرضعتني المرأة لا الرجل فقال : - صلوات الله عليه - ليلج عليك فإنه عمك والعم من الرضاعة لا يكون إلا باعتبار لبن الفحل

والمعنى فيه أن سبب هذا اللبن فعل الواطئ فالحرمة التي تنبني عليه تثبت من الجانبين كالولادة فأما ما قالوا إن الله تعالى بين حرمة الرضاع في جانب النساء قلنا من الأحكام ما يثبت بالقرآن ومنها ما يثبت بالنسبة فحرمة الرضاع في جانب الرجل مما يثبت بالسنة والمعنى الذي لأجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في إرضاع الرجل فإن ما نزل في ثندؤته لا يغذي الصبي فلا يحصل به إنبات اللحم فهذا نظير وطء الميتة في أنه لا يوجب الحرمة

(قال) : ولا ينبغي للرجال أن يتزوج امرأة ابنه من الرضاعة ولا امرأة أبيه من الرضاعة وكذلك أجداده ونوافله وهو نظير الحرمة الثابتة بالنسب وعلى هذا الأخوات من الرضاعة أما إذا أرضعت امرأة واحدة ثنتان فهما أختان فإن كان زوجها واحدا فهما أختان لأب وأم من الرضاعة وإن كان زوجها مختلفا عند الإرضاعين فهما أختان لأم وإن كانت تحت الرجل امرأتان لكل واحدة لبن منه فأرضعت كل واحدة منهما صبية فهما أختان لأب من الرضاعة لأن لبنهما من رجل واحد وعموم قوله تعالى : ﴿ وأخواتكم من الرضاعة ﴾ يتناول ذلك كله وكذلك بنات الأخ من الرضاع كبنات لأخ من النسب ألا ترى أنه لما عرض على رسول الله صلى الله عليه و سلم زينب بنت أبي سلمة - رضي الله تعالى عنها - قال : (لو لم تكن ربيبتي في حجري ما كانت تحل لي أرضعتني وأباها ثويبة) فقال علي - رضي الله عنه - : يا رسول الله إنك ترغب في قريش وترغب عنا فقال : هل فيكم شيء قال : نعم ابنة حمزة - رضي الله عنه - فقال - صلى الله عليه و سلم - إنها ابنة أخي من الرضاعة

(قال) : وإذا كان للمرأة لبن وطلقها زوجها وتزوجت آخر فحبلت من الآخر ونزل لها اللبن فاللبن من الأول حتى تلد في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - فإذا ولدت فاللبن بعد ذلك يكون من الثاني وقال أبو يوسف - رحمه الله تعالى - إذا عرف أن هذا اللبن من الحبل الثاني فهو من الآخر وقد انقطع اللبن الأول وعنه في رواية إذا حبلت من الثاني انقطع حكم لبن الأول وقال محمد - رحمه الله تعالى - : أستحسن أن يكون منهما جميعا حتى تضع من الآخر وجه قوله : إن ما كان بها من اللبن فهو من الأول وما ازداد بسبب الحبل فهو من الثاني وباب الحرمة مبني على الاحتياط فثبت الحرمة منهما جميعا

كما إذا حلب لبن امرأتين في قارورة وأوجر صبيا فإذا وضعت من الثاني فقد انتسخ سبب لبن الأول باعتراض مثله عليه فلهذا كان اللبن من الثاني بعده وأبو يوسف يقول : اللبن ينزل تارة بعد الولادة وتارة بعد الحبل وقبل الولادة فإذا عرف نزول اللبن من الثاني انتسخ به حكم اللبن من الأول كما ينتسخ بالولادة من الثاني

وعلى الرواية الأخرى يقول لما كان الحبل سببا لنزول اللبن وحقيقة نزول اللبن من الثاني باطل فيقام السبب الظاهر مقام المعنى الباطن تيسيرا فينتسخ به حكم لبن الأول وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول : كون اللبن من الأول ثابت بيقين واللبن يزداد تارة وينقص أخرى باعتبار الغذاء فهذه الزيادة تحتمل أن تكون من قوة الغذاء لا من الحبل الثاني فلا ينتسخ به حكم اللبن من الأول حتى يعترض مثل ذلك السبب من الثاني وذلك يكون بالولادة

(قال) : ولا يجتمع حكم الرضاع لرجلين على امرأة واحدة في حالة واحدة لأن سببهما لا يجتمع حلالا شرعا فكذلك ما ينبني على ذلك السبب ولكن ما بقي الأول لا يثبت الثاني وإذا ثبت الثاني انتفى الأول

(قال) : ولا يجوز له أن يتزوج امرأة أرضعته رضاعا قليلا أو كثيرا عندنا وقال الشافعي - رحمه الله تعالى - لا تثبت الحرمة إلا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها ومن أصحاب الظواهر من اعتبر ثلاث رضعات لإيجاب الحرمة واستدل من شرط العدد بقوله - صلى الله عليه و سلم - : (لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان) . وفي حديث عمرة عن عائشة - رضي الله عنهما - قالت : كان فيما أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ بخمس رضعات معلومات يحرمن كان ذلك مما يتلى بعد رسول الله - صلى الله عليه و سلم - ولا نسخ بعد ذلك وحجتنا قوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ أثبت الحرمة بفعل الإرضاع فاشترط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لا يثبت بخير الواحد

وفي حديث علي - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : (الرضاع قليله وكثيره سواء) يعني في إيجاب الحرمة ولأن هذا سبب من أسباب التحريم فلا يشترط فيه العدد كالوطئ

أما حديث عائشة - رضي الله عنها - فضعيف جدا لأنه إذا كان متلوا بعد رسول الله - صلى الله عليه و سلم - ونسخ التلاوة بعد رسول الله - صلى الله عليه و سلم - لا يجوز فلماذا لا يتلى الآن وذكر في الحديث فدخل داجن البيت فأكله وهذا يقوي قوله الروافض الذين يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله صلى الله عليه و سلم فلم يثبته الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - في المصحف وهو قول باطل بالاجماع ولو ثبت أن هذا كان في وقت من الأوقات فإنما كان في الوقت الذي كان إرضاع الكبير مشروعا وعليه يحمل الحديث الثاني فإن إنبات اللحم وإنشاز العظم فق حق الكبير لا يحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساخ حكم إرضاع الكبير على ما نبينه إن شاء الله تعالى

(قال) : والسعوط والوجور يثبت الحرمة لأنه مما يتغذى به الصبي فإن السعوط يصل إلى الدماغ فيتقوي به والوجور يصل إلى الجوف فيحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فأما الأقطار في الأذن لا يوجب الحرمة لأن الظاهر أنه لا يصل إلى الدماغ لضيق ذلك الثقب وكذلك الأقطار في الإحليل فإن أكثر ما فيه أنه يصل إلى المثانة فلا يتغذى به الصبي عادة وكذلك الحقنة في ظاهر الرواية إلا في رواية عن محمد رحمه الله تعالى قال : إذا احتقن صبي بلبن امرأة

تثبت به الحرمة لأن ذلك يصل إلى الجوف ألا ترى أنه يفسد به الصوم ولكنا نقول ليس الموجب للحرمة عين الوصول إلى الجوف بل حصول معنى الغذاء ليثبت به شبهة البعضية وذلك إنما يحصل من الأعالي لا من الأسافل ثم بين من يحرم بسبب الرضاعة والحاصل فيه ما بينا أنه بمنزلة النسب لكما أن الحرمة الثابتة بالنسب في حق الأمهات والبنات تتعدى إلى الجدات والنوافل والعمات والخالات فكذلك بسبب الرضاع

(قال) : ولا رضاع بعد الفصال بلغنا ذلك علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - وهكذا رواه جابر - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : (لا رضاع بعد الفصال ولا يتم بعد الحلم ولا صمت يوم إلى الليل ولا وصال في صيام ولا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك ولا وفاء في نذر في معصية ولا يمين في قطيعة رحم ولا تغرب بعد الهجرة ولا هجرة بعد الفتح) والكلام هنا في فصول

أحدها أن الحرمة لا تثبت بإرضاع الكبير عندنا وعلى قول بعض الناس تثبت الحرمة لحديث سهلة امرأة أبي حذيفة - رضي الله عنهما - فإنها جاءت إلى رسول الله - صلى الله عليه و سلم - بعد ما انتسخ حكم التبني بقوله تعالى : ﴿ ادعوهم لآبائهم ﴾ فقالت : يا رسول الله إن أبا حذيفة تبنى سالما فكنا نعده ولدا له وإن لنا بيتا واحدا فماذا ترى في شأنه وفي رواية وإنه يدخل علي وأنا أرى الكراهة في وجه أبي حذيفة رضي الله فقال : صلى الله عليه و سلم ارضعي سالما خمسا تحرمين بها عليه وبهذا الحديث أخذت عائشة رضي الله عنها حتى كان إذا أراد إن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم - رضي الله عنها - أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا ثم كان يدخل عليها إلا أن غيرها من نساء رسول الله - صلى الله عليه و سلم - كن يأبين ذلك ويقلن : لا نرى هذا من رسول الله - صلى الله عليه و سلم - إلا رخصة لسهلة خاصة ثم هذا الحكم انتسخ بقوله - صلى الله عليه و سلم - الرضاع ما أنبت اللحم وانشز العظم وذلك في الكبير لا يحصل وقال - صلى الله عليه و سلم - : (الرضاعة من المجاعة) يعني ما يرد الجوع وذلك بإرضاع الكبير لا يحصل وفي حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : الرضاع ما فتق الإمعاء وكان قبل الطعام والصحابة - رضي الله عنهم - اتفقوا على هذا فقد ذكر في الكتاب عن علي وابن مسعود - رضي الله عنهم - قالا : لا رضاع بعد الفصال

وروي أن أعرابيا ولدت امرأته ومات الولد فانتفخ ثديها من اللبن فجعل يمصه ويمج فدخل بعض اللبن في حلقه فجاء إلى أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - وسأله عن ذلك فقال حرمت عليك فجاء إلى ابن مسعود - رضي الله عنه - وسأله عن ذلك فقال : هي حلال لك فأخبره بفتوى أبي موسى فقام معه إلى أبي موسى ثم أخذ بأذنه وهو يقول أرضيع فيكم هذا للحياني فقال أبو موسى - رضي الله عنه - لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم

وجاء رجل إلى عمر - رضي الله عنه - فقال إن لي جارية فأرضعتها امرأتي فدخلت البيت فقالت : خذها دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر - رضي الله عنه - : عزمت عليك أن تأتي امرأتك فتضربها ثم تأتي جاريتك فتطأها وروي نحو هذا عن ابن عمر رضي الله عنهما

فثبت بهذه الآثار انتساخ حكم إرضاع الكبير ثم اختلف العلماء في المدة التي تثبت فيها حرمة الرضاع فقدر أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - بثلاثين شهرا وأبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - قدرا ذلك بحولين وزفر قدر ذلك

بثلاث سنين فإذا وجد الإرضاع في هذه المدة تثبت الحرمة وإلا فلا واستدلا بظاهر قوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ ولا زيادة بعد التمام والكمال وقال الله تعالى : ﴿ وفصاله في عامين ﴾ ولا رضاع بعد الفصال لأن الظاهر أن الصبي في مدة الحولين يكتفي باللبن وبعد الحولين لا يكتفي به فكان هو بعد الحولين بمنزلة الكبير في حكم الرضاعة وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – استدل بقوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ وظاهرا هذه الإضافة يقتضي أن يكون جميع المذكور مدة لكل واحد منهما إلا أن الدليل قد قام على أن مدة الحبل لا تكون أكثر م ن سنتين فبقي مدة الفصال على ظاهره وقال الله تعالى : ﴿ فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور ﴾ الآية فاعتبر **التراضي** والتشاور في الفصلين بعد الحولين فذلك دليل على جواز الإرضاع بعد الحولين وقال الله تعالى : ﴿ وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم ﴾ قيل بعد الحولين إذا أبت الأمهات ولأن اللبن كما يغذي الصبي قبل الحولين يغذيه بعده والفطام لا يحصل في ساعة واحدة لكن يفطم درجة فدرجة حتى ينسي اللبن ويتعود الطعام فلا بد من زيادة على الحولين بمدة وإذا وجبت الزيادة قدرنا تلك الزيادة بأدنى مدة الحبل وذلك ستة أشهر اعتبار للانتهاء بالابتداء وبهذا يحتج زفر رحمه الله تعالى أيضا أنه يقول لما وجب اعتبار بعض الحول وجب اعتبار كله وتقدر مدة الفظام بحول لأنه حسن للاختبار والتحول به من حال إلى حال

(قال) : فإن فطم الصبي قبل الحولين ثم أرضع في مدة ثلاثين شهرا عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أو في مدة الحولين عندهما فالظاهر من مذهبهما وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه تثبت به الحرمة لوجود الإرضاع في المدة فصار الفطام كأن لم يكن

وروى الحسن عن أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – قال هذا إذا لم يتعود الصبي الطعام حتى لا يكتفي به بعد هذا الفطام فأما صار بحيث يكتفي بالطعام لا تثبت الحرمة برضاعه بعد ذلك لأنه بعد ما صار بحيث يكتفي بالطعام فاللبن بعده لا يغذيه فلا يحصل به معنى البعضية بيانه في حديث أبي هريرة – رضي الله عنه – قال وكان قبل الطعام أي قبل أن يكتفي بالطعام

(قال) : ولا بأس بأن يتزوج الرجل أم ابنه التي أرضعته لأنه لا بأس بذلك من النسب فكذلك من الرضاعة وكذلك لا بأس بأن يتزوج ابنتها وهذا من النسب لا يحل أن يتزوج أخت ابنه لا لأجل النسب ولكن لأنها ربيبته لأنه وطئ أمها وهذا لا يوجد في الرضاع فلهذا جاز له أن يتزوجها وكذك يتزوج أخت أخته من الرضاع ومثله من النسب يحل لأنه إذا تزوج أخت أخته من النسب يحل ذلك بأن كان له أخ لأب وأخت لأم فلأخيه لأبيه أن يتزوج أخته لأمه لأن لا نسب بينهما موجب للحرمة فكذلك في الرضاع وكذلك لا بأس بأن يتزوج ابنة عمه من الرضاعة أو ابنة عمته أو ابنة خاله أو ابنة خالته كما لا بأس به من النسب وكذلك لا بأس بأن يتزوج التي أرضعت أخاه أو ما بدا له من ولدها لأنه لا رضاع بينه وبينهم

(قال) : ولا يجمع الرجل بين أختين من الرضاعة ولا بين المرأة وابنة أختها أو ابنة أخيها وكذلك كل امرأة ذات رحم محرم منها من الرضاعة للأصل الذي بينا في النسب أن كل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا والأخرى أنثى لم يجز

للذكر أن يتزوج الأنثى فإنه يحرم الجمع بينهما بالقياس على حرمة الجمع بين الأختين فكذلك من الرضاعة وتبين بهذا أن حرمة هذا الجمع ليس لقطيعة الرحم فإنه ليس بين الرضعتين رحم وحرمة الجمع بينهما ثابتة

(قال) : وإذا ولدت المرأة من الرجل ثم طلقها وتزوجت بزوج آخر وأرضعت بلبن الأول ولدا وهي تحت الزوج الثاني فالرضاع من الزوج الأول دون الثاني لأن المعتبر من كان نزول اللبن منه لا من هي تحته ونزول هذا اللبن كان من الأول

(قال) : ولا يجوز شهادة امرأة واحدة على الرضاع أجنبية كانت أو أم أحد الزوجين ولا يفرق بينهما بقولها ويسعه المقام معها حتى يشهد على ذلك رجلان أو رجل وامرأتان عدول وهذا عندنا

وقال الشافعي - رحمه الله تعالى - يثبت الرضاع بشهادة أربع نسوة بناء على مذهبه إن فيما لا يطلع عليه الرجال يعتبر فيه أربع نسوة لتقوم كل امرأتين مقام رجل وزعم أن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال لأنه يكون بالثدي ولا تحل مطالعته للأجانب ولكنا نقول الرضاع مما يطلع عليه الرجال لأن ذا الرحم المحرم ينظر إلى الثدي وهو مقبول الشهادة في ذلك ولأن الحرمة كما تحصل بالإرضاع من الثدي تحصل بالإيجار من القارورة وذلك يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادة النساء وحدهن

وكان مالك - رحمه الله تعالى - يقول : تثبت حرمة الرضاع بشهادة امرأة واحدة إذا كانت عدلا وهكذا روى عن عثمان رضي الله تعالى عنه واستدل بحديث عقبة بن الحارث - رحمه الله تعالى - أنه تزوج ابنة أبي هانئ فجاءت امرأة سوداء وأخبرت أنها أرضعتهما فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه و سلم فأعرض عنه ثم ذكر ثانيا فأعرض عنه ثم ثالثا فقال : فارقها إذن فقال إنها سوداء يا رسول الله قال : كيف وقد قيل وحجتنا في ذلك حديث عمر - رضي الله تعالى عنه - قال : لا يقبل في الرضاع إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولأن سبب نزول هذه الحرمة مما يطلع عليه الرجال فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كالحرمة بالطلاق وحديث عقبة بن الحارث - رحمه الله تعالى - دليلنا فإن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - أعرض عنه في المرة الأولى والثانية فلو كانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك ثم لما رأى منه طمأنينة ال قلب إلى قولها حيث كرر السؤال أمره أن يفارقها احتياطا

والدليل عليه أن تلك الشهادة كانت عن ضغن فإنه قال : جاءت امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها فجاءت تشهد على الرضاع وبالإجماع بمثل هذه الشهادة لا تثبت الحرمة فعرفنا أن ذلك كان احتياطا على وجه التنزه وإليه أشار - صلى الله عليه و سلم - في قوله : (كيف وقد قيل) وعندنا إذا وقع في قلبه أنها صادقة فالأحوط أن يتنزه عنها ويأخذ بالثقة سواء أخبرت بذلك قبل عقد النكاح أو بعد عقد النكاح وسواء شهد به رجل أو امرأة فأما القاضي لا يفرق بينهما ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان لأن خبر الواحد إذا كان كان ثقة حجة في أمور الدين وليس بحجة في الحكم والقاضي لا يفرق بينهما إلا بالحجة الحكمية فأما إذا قامت عنده حجة دينية يفتي له بأن يأخذ بالاحتياط لأنه إن ترك نكاح امرأة تحل له خير من أن يتزوج امرأة لا تحل له

(قال) : وإذا نزل للمرأة لبن وهي بكر لم تتزوج فأرضعت شخصا صغيرا فهو رضاع لأن المعنى الذي يثبت به حرمة الرضاع حصول شبهة الجزئية بينهما والذي نزل لها من اللبن جزء منها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن ولبنها يغذي الرضيع فتثبت به شهبة الجزئية

(قال) : وإذا حلب اللبن من ثدي المرأة ثم ماتت فشربه صبي تثبت به الحرمة لحصول المعنى الموجب للحرمة بهذا اللبن ولا معتبر بفعلها في الإرضاع ألا ترى أنها لو كانت نائمة فارتضع من ثديها الصبي تثبت الحرمة وكذلك الإيجار لو حصل في حياتها تثبت الحرمة فكذلك بعد موتها

(قال) وكذلك لو حلب اللبن من ثديها بعد موتها فأوجر الصبي تثبت به الحرمة عندنا وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا تثبت وهو بناء على أصلين أحدهما أن اللبن لا يموت عندنا لأنه لا حياة فيه

ألا ترى أنه يحلب في حالة الحياة من الحيوان فيكون طاهرا وما فيه الحياة إذا بان من الحي يكون ميتا فإذا لم يكن في اللبن حياة لا يتنجس بالموت بل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يبقى طاهرا وعندهما يتنجس بنجاسة الوعاء كما في أنفحة الميتة فكأنه حلب لبن امرأة في قارورة نجسة فأوجر الصبي به فيثبت به الحرمة

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – اللبن يموت فيكون نجس العين وثبوت حرمة الرضاع باعتبار معنى الكرامة فلا تثبت بما هو نجس العين والأصل الثاني أن عنده الفعل الذي هو حرام بعينه وهو الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأن ثبوتها بطريق الكرامة فكذلك إيجار لبن الميتة حرم فلا تثبت به الحرمة ثم قاس لبن الميتة بوطء الميتة ولكن عندنا وإن كان الفعل حراما تثبت به الحرمة إذا تحقق فيه المعنى الموجب للحرمة ولهذا أثبتنا الحرمة بالزنا لأن معنى البعضية لا ينعدم به حقيقة فكذا هنا ثبوت الحرمة باعتبار أن اللبن يغذي الصبي فيقوى به ولو سلمنا له حرمة اللبن بالموت فبالحرمة لا يخرج من أن يكون مغذيا

ألا ترى أن لحم الميتة مغذ فكذلك لبنها وبه فارق وطء الميتة لأن معنى البعضية ينعدم منه أصلا وهو معنى ما قال في الكتاب الجماع بعد الموت ليس بجماع وإيجار لبن الميتة رضاع وشبه اللبن بالبيضة فإن الموت لا تخرج البيضة أن تكون مغذية فكذا اللبن

(قال) : ولو أرضع الصبيان من بهيمة لم يكن ذلك رضاعا وكان بمنزلة طعام أكلاه من إناء واحد ومحمد بن إسماعيل صاحب الأخبار رحمه الله تعالى يقول يثبت به حرمة الرضاع فإنه دخل بخارى في زمن الشيخ الإمام أبي حفص – رحمه الله تعالى – وجعل يفتي فقال له الشيخ – رحمه الله تعالى – لا تفعل فلست هنالك فأبى أن يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسألة إذا أرضع صبيان بلبن شاة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخارى بسبب هذه الفتوى وهذا لأن ثبوت الحرمة بسبب الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون لبن الأنعام وشبهة الجزئية لا يثبت بين الآدمي والأنعام بشرب لبنها فكذلك لا تثبت بين الآدميين بشرب لبن بهيمة وهذا قياس حرمة المصاهرة التي تثبت بالوطء ولا تثبت بوطء البهائم فكذلك هنا

(قال) : ولو صنع لبن امرأة في طعام فأكله الصبي فإن كانت النار قد مست اللبن وأنضجت الطعام حتى تغير فليس ذلك برضاع ولا يحرم لأن النار غيرته فانعدم بها معنى التغذي باللبن وإنبات اللحم وإنشاز العظم وإن كانت النار

لم تمسه فإن كان الطعام هو الغالب لا تثبت به الحرمة أيضا لأن المغلوب في حكم المستهلك ولأن هذا أكل والموجب للحرمة شرب اللبن دون الأكل وإن كان اللبن هو الغالب فكذلك في قوله أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لا تثبت به الحرمة

وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمه الله تعالى - تثبت به الحرمة لأن الحكم للغالب والغالب هو اللبن ولم يغيره شيء عن حاله وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول : إلقاء الطعام في اللبن يغيره

ألا ترى أنه يرق به وربما يتغير به لونه فكان بمنزلة ما لو غيرته النار وقيل هذا إذا كان لا يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة وإما إذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لإثبات الحرمة والأصح أنه لا تثبت على كل حال عنده لأن التغذي كان بالطعام دون اللبن

(قال) : وإذا جعل لبن امرأة في دواء فأوجر منه صبيا أو أسعط منه واللبن غالب فهذا رضاع لأنه إنما يجعل في الدواء ليصل بقوة الدواء إلى ما لا يصل إليه وحده فكان هذا أبلغ في حصول معنى التغذي به فلهذا تثبت به الحرمة

(قال) : وإن جعل اللبن في ماء فشربه الصبي فإن كان اللبن هو الغالب تثبت به الحرمة وإن كان الماء غالبا لا تثبت به الحرمة وكذلك إن خلط لبن الآدمية بلبن الأنعام وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن إذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة فأما إذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى ثم أوجر منه صبيا فعلى قول محمد - رحمه الله تعالى - تثبت الحرمة منهما جميعا لأن الشيء يكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا به وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - تثبت به الحرمة بينه وبين من يكون لبنها غالبا لأن المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب

وعن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - فيه روايتان في إحداهما اعتبر الأغلب كما هو قول أبي يوسف - رحمه الله تعالى - وفي الآخر قال : تثبت الحرمة منهما وهو قول زفر - رحمه الله تعالى - وأصل المسألة فيما إذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها لبن بقرة أخرى فشربه فهو على هذا الخلاف

(قال) : الرضاع بمنزلة النسب والوطء في إثبات حرمة المصاهرة لا فرق بين أن يوجد في دار الحرب أو في دار الإسلام

(قال) : وإذا جامع الرجل المرأة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة لم تحل لابنه ولا لأبيه من الرضاعة ولا تحل له أمها ولا ابنتها من الرضاعة كما لا تحل لابنه وأبيه نسبا فإن هذه الحرمة تعلقت بأسام نثبت تلك الأسامي بالرضاعة وهي الأبوة والأمومة وكذلك لا يتزوج على المعتدة منه أختها من الرضاعة ولا ذات رحم محرم منها لأن حرمة الجمع متعلقة باسم الأختية وذلك يتحقق بالرضاع كما يتحقق بالنسب والعدة تعمل عمل صلب النكاح في المنع من النكاح

(قال) : وإذا تزوج الرجل الصبية فأرضعتها أمه من الرضاعة أو أمه التي ولدته أو أخته من نسب أو رضاع أو امرأة ابنه بلبن ابنه من نسب أو رضاع حرمت عليه لأن المحرمية تمنع النكاح بعلة المنافاة فإن بين الحل والحرمة في المحل منافاة والمنافي كما يؤثر إذا اقترن بالنسب ينافي البقاء إذا طرأ عليه فإذا حرمت عليه لزمه بذلك نصف المهر لها

لأن الفرقة قبل الدخول حصلت لا بمعنى من جهتها أو حصلت بمعنى من جهة الزوج وهي المحرمية فيجب نصف الصداق لها ويرجع بذلك التي أرضعتها إن كانت أرادات الفساد أو عمدت ذلك وإن كانت أخطأت أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لم يرجع به عليها والقول فيه قولها إن لم يظهر منها تعمد الفساد لأنه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه وإنما يختلف الجواب في نيتها إذا أرادت الفساد أو لم ترد لأنها مسببة لهذه الفرقة لا مباشرة ف إ نها مباشرة للإرضاع وهو ليس بسبب موضوع للفرقة والمسبب إذا كان متعديا في تسببه يكون ضامنا وإن لم يكن متعديا لا يضمن كحافر البئر في ملك نفسه لا يضمن ما يسقط فيه بخلاف الحافر في ملك الغير فإذا أرادت الفساد كانت متعدية في السبب وإذا لم ترد الفساد لم تكن متعدية في السبب

وقد روي عن محمد - رحمه الله تعالى - أنه يرجع عليها بنصف الصداق على كل حال فإن من أصله إن المتسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبب على قوله

وعلى قول الشافعي - رحمه الله تعالى - يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة لأنها أتلفت ملك نكاحه فيها وملك النكاح عنده مضمون بالإتلاف حتى قال في شاهدي الطلاق بعد الدخول إذا رجعا ضمنا مهر المثل وهذا لأن ملك البضع يتقوم عند دخوله في ملك الزوج بمهر المثل فكذلك عند خروجه عن ملكه ولكنا نقول أن ملك النكاح ليس بمتقوم في نفسه لأنه ليس بملك عين ولا منفعة إنما هو ملك ضروري لا يظهر إلا في حق الاستيفاء

ألا ترى أنه لا يظهر في حق النقل إلى الغير والانتقال إلى الورثة فكذلك في حق التقوم بالمال ولأنه ليس بمال في نفسه فلا يكون مضمونا بالمال لأن ضمان الإتلاف مقدر بالمثل بالنص وتقوم البضع عند دخوله في ملك الزوج للضرورة لأنه تملك للبضع وهو محترم فلا يثبت إلا بعوض وهذه الضرورة لا توجد عند الخروج من ملكه لأنه إبطال للملك لا تمليك منها وإبطال الملك لا يستدعي التقوم والدليل على الفرق أن الأب بزوج ابنه الصغير بمال الصغير وليس له أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها فإذا ثبت أنه غير متقوم عند خروجه من ملكه لم يجب الضمان عليها بإتلاف البضع ولكنها قررت عليه ما كان على شرف السقوط فإن الصداق وإن وجب بالعقد فهو بعرض السقوط ما لم يدخل بها إذا جاءت الفرقة من قبلها فهي قررت النصف عليه بما فعلته وهي متسببة وفي ذلك متعدية إذا تعمدت الفساد فلهذا رجع عليها بذلك

(قال) : وإذا تزوج الرجل الصبية ثم تزوج عمتها فنكاح العمة باطل للنهي فإن أرضعت أم العمة الصبية لم يفرق بينه وبينها لأن الصبية وإن صارت أختا للعمة بالرضاعة ولكن لم يصح نكاح العمة فلم يتحقق الجمع الحرام فلهذا بقي نكاح الصبية

(قال) : وإذا تزوج صبيتين رضيعين فارضعهما امرأة معا أو إحداهما بعد الأخرى بانتا جميعا لأنهما صارتا أختين حين أرضعت الثامنة منهما فتقرر الجمع المنافي وليست إحداهما ببطلان نكاحها بأولى من الأخرى فإذا بانتا فلكل واحدة منهما نصف الصداق يرجع بذلك على المرضعة أن تعمدت الفساد لما قلنا ولو كن ثلاثا فارضعتهن معا بأن حلبت لبنها في قارورة وألقمت إحدى ثديها إحداهن والأخرى للأخرى وأوجرت الثلاثة معا بن جميعا لأنهن صرن

أخوات معا وإن أرضعتهن واحدة بعد الأخرى بانت الأوليان والثالثة امرأته لأنها حين أرضعت الثانية فقد تحققت الأختية بينها وبين الأولى فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثالثة وليس في نكاحه غيرها ففي نكاحها وإن كن أربعا فأرضعتهن معا أو واحدة ثم الثلاث معا بن جميعا وكذلك أن أرضعتهن جميعا واحدة بعد الأخرى لأنه حين أرضعت الثانية بانت الأوليان للاختية وحين أرضعت ال ثالثة والرابعة بانت الأخريان أيضا للأختية وإن أرضعت الثلاث أولا معا ثم الرابعة بانت الثلاثة الأول دون الرابعة لأنها حين أوضعتها فليس في نكاحه غيرها

(قال) : وإن تزوج امرأة وصبيتين فأرضعتهما المرأة إحداهما قبل الأخرى ولم يدخل بالمرأة حرمت المرأة والصبية الأولى لأنها حين أرضعت إحداهما فقد صارتا أما وابنتا فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فبقي نكاحها لأن السابق مجرد العقد على الأم وذلك لا يوجب حرمة البنت ثم لا مهر للكبيرة لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة ليست من قبلها إنما كانت من جهة الكبيرة حين أرضعتها فإن اللبن يصل إلى جوفها من غير فعل منها في الارتضاع ويرجع بذلك على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد لما قلنا ولا تحمل له هذه الكبيرة أبدا لأن مجرد العقد على البنت يوجب حرمة الأم وأما الصبية فإنها تحل له إذا فارقاه التي عنده لأن العقد على الأم لا يوجب حرمة البنت وإن كان بعد ما دخل بالكبيرة حر من عليه لأنهما صارتا ابنتها من الرضاعة والدخول بالأم يح ر م البنت ثم للكبيرة مهرها ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر ولا يحل له واحدة منهن أبدا لوجود الدخول بالأم وصحة العقد على البنت

(قال) : وإذا تزوج كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل واحدة من الكبيرتين صغيرة وقعت الفرقة بينه وبينهن لأن كل صغيرة صارت بنتا لمن أرضعتها والجمع بين الأم والبنت في النكاح حرام فإن كانت أرضعت إحدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعت الكبيرة الأخرى الصغيرتين وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فأما الكبيرة الأولى مع الصغيرة الأولى فقد بانا لما قلنا : والصغيرة الثانية لم تبن منه بإرضاع الكبيرة الأولى فأما بإرضاع الكبيرة الثانية فإن بدأت بإرضاعها بانت منه وإن بدأت بإرضاع الأولى فالصغيرة الثانية امرأته لأنها حين أرضعت الأولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغيرة الأولى فيما سبق ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فلهذا لا تقع الفرقة بينه وبينها

(قال) : وإذا أقر الرجل أن هذه المرأة أخته وأمه أو ابنته من الرضاعة ثم أراد بعد ذلك أن يتزوجها وقال : أوهمت أو أخطأت أو نسيت وصدقته المرأة فهما مصدقان على ذلك وله أن يتزوجها وإن ثبت على قوله الأول وقال هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها وهذا استحسان وفي القياس الجواب في الفصلين سواء لأنه أقر بأنها محرمة عليه على التأبيد والمقر به يجعل في حق المقر كالثابت بالبينة أو بالمعانية والرجوع عن الإقرار باطل لأنه ملزم بنفسه فسواء رجع أو ثبت كان النكاح باطلا بزعمه فيفرق بينهما ولا مهر لها عليه ولكنه استحسن فقال : هذا شيء يقع فيه الاشتباه فقد يقع عند الرجل أن بينه وبين امرأته رضاع فيخبر بذلك ثم يتفحص عن حقيقة الحال فيتبين له أنه قد غلط في ذلك وفيما يقع الاشتباه إذا أخبر أنه غلط فيه يجب قبول قوله شرعا لوجهين

(أحدهما) أن الحل والحرمة من حق الشرع فإذا تصادقا على أنهما قد غلطا فليس هنا من يكذبهما في خبرهما (والثاني) أن إقراره في الابتداء لم يكن على نفسه إنما كان عليها بحرمتها عليه والحل والحرمة صفة المحل وإقرار

الإنسان على الغير لا يكون لازما فإذا ذكر أنه غلط فيه فهو لا يريد بهذا إبطال شيء لزمه فلهذا قبل قوله في ذلك وإن أقرت المرأة بذلك وأنكر الزوج ثم أكذبت المرأة نفسها وقالت : أخطأت فالنكاح جائز وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها فالنكاح جائز ولا تصدق المرأة على قولها لأن حقيقة المحرمية لا تثبت بالإقرار فإنه خبر محتمل متمثل بين الصدق والكذب ولكن الثابت على الإقرار كالمجدد له بعد العقد وإقرارها بالمحرمية بعد العقد باطل فكذلك إقرارها به قبل العقد وإما إقراره بالحرمة بعد العقد صحيح موجب للفرقة وكذلك إذا أقر به قبل العقد وثبت على ذلك حتى تزوجها فإن قيل كان ينبغي أ ن يجب لها نصف المهر كما لو ابتدأ بعد النكاح قلنا : إنما لا يجب لوجود التصديق منها على بطلان أصل النكاح أو لأنه غير متهم بالقصد إلى إسقاط المهر إذ سبق الإقرار منه بوجوب المهر بالنكاح يوضح الفرق بينها أن الإقرار إنما يصح إذا كان مؤثرا في الملك أما بالمنافاة أو بالإزالة وإقرار الرجل مؤثر في ذلك فكان معتبرا في المنع من صحة النكاح إذا ثبت عليه وإقرار المرأة غير مؤثر في ذلك فلا يمنع صحة النكاح

(قال) : وإذا أقر الزوج بهذه المقالة وثبت عليها وأشهد الشهود ثم تزوجته المرأة ولم يعلم بذلك ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح فرق بينهما ولا ينفعه جحوده لأنه لما ثبت على مقالته في الابتداء وزعم أنه حق لا غلط فيه فقد لزمه حكم إقراره وصار كالمجدد لذلك الإقرار بعد النكاح فيفرق بينهما ولا ينفعه الجحود ولو أقر بذلك جميعا ثم كذبا أنفسهما وقالا : أخطأنا ثم تزوجها فالنكاح جائز وكذك هذا الباب في النسب ليس يلزم من هذا إلا ما بينا عليه لأنه الغلط واشتباه فيه أظهر فإن سبب النسب أخفى من سبب الرضاع فكما أن هناك الإقرار بدون الثبات عليه لا يوجب الحرمة فكذلك هنا

(قال) : ولو تزوج امرأة ثم قال لها بعد النكاح هي أختي أو ابنتي أو أمي من الرضاعة ثم قال : أخطأت أو أوهمت فالنكاح باق استحسابا ولو ثبت على هذا النطق وقال : هو حق فشهدت عليه الشهود بذلك فرق بينهما ولو جحد ذلك لم ينفعه جحوده لأن إقراره إنما كان موجبا للفرقة بشرط الثبات عليه فإن قال : أوهمت فقد انعدم ما هو شرطه فلا يوجب الفرقة وإذا ثبت على ذلك وجد ما هو شرط الإقرار فثبت حكمه وهو الفرقة ثم لا ينفعه جحوده بعد ذلك وكذلك لو قال : هذه أختي أو هذه ابنتي وليس لها نسب معروف ثم قال : أوهمت يصدق في ذلك بخلاف ما إذا قال لعبده أو أمته هذا ابني أو هذه ابنتي ثم قال : أوهمت فإنه يعتق عليه ولا يصدق في ذلك والفرق من وجهين :

(أحدهما) إن إقراره بالنسب في عبده وأمته ملزم بنفسه لأن لما أقر به موجبا في ملكه وهو زوال الملك فإن من اشترى ابنه يصح الشراء ويعتق عليه فإذا كان لما أقر به موجب في ملكه كان هو مقرا به في ملك نفسه وإقرار الإنسان في ملك نفسه ملزم فلهذا يتم بنفسه ثبت عليه أو لم يثبت فأما إقراره بنسب زوجته لا موجب له في ملكه لأن من تزوج ابنته لا يصح النكاح أصلا لا إن يثبت النكاح ثم يزول وإنما لا يصح النكاح بحرمة المحل فموجب إقراره هنا لا يظهر في ملكه وإنما يظهر في المحل ولا حق له في المحل لأن الحل والحرمة صفة المحل فلم يكن إقراره متناولا لملكه ابتداء فلا يكون ملزما إلا إذا ثبت عليه فحينئذ بحكم الثبات عليه يتعدى ضرره إلى ملكه فيلزمه من هذا الوجه

(والثاني) إن الاشتباه لا يقع بين العبد والإبن بل عبده في الغالب مباين لابنه في المطعم والملبس والمجلس فإذا كان الاشتباه يندر فيه لا يعتبر فما الاشتباه قد يقع بين زوجته وابنته لتقاربهما في المطعم والملبس والمجلس فلهذا يعذر إذا قال أوهمت

(قال) : ولو قال لامرأته هذه ابنتي وثبت على ذلك ولها نسب معروف لم يفرق بينهما وكذلك لو قال هي أمي وله أم معروفة لأنه مكذب شرعا فيما أقر به وتكذيب الشرع إياه أقوى من تكذيبه نفسه ولو كذب نفسه وقال : أوهمت لم يفرق بينهما فكذا إذا أكذبه الشارع وبه فارق العبد لأن هناك لو أكذب نفسه كان حرا فكذلك إذا أكذبه الشرع بأن كان ثابت النسب من غيره والمعنى ما قلنا أن أقراره بنسب العبد مصادف ملكه وهو مصدق فيما يقربه في ملك نفسه فيثبت به العتق وإن امتنع بثبوت النسب لكونه معروف النسب من الغير فأما إقراره بنسب امرأته لا يصادف ملكه ابتداء وإنما يصادف المحل فيثبت به حرمة المحل ثم ينبني عليه انتفاء الملك وهنا حرمة المحل لم تثبت حين كانت معروفة النسب من الغير فلهذا لا يبطل النكاح وإن لم تكن معروفة النسب من الغير ومثلها يولد لمثله وثبت على ذلك فرق بينهما ولكنه لا يثبت النسب حقيقة إلا بتصديق المرأة إياه بذلك

لأن المقر يعامل في حقه وكان ما أقر به حق ولكن لا يصدق في حق الغير فيجعل النسب في حقه كالثابت حتى ينتفي ملكه عنها ولكنه لا يثبت في حقها إلا بتصديقها فلا يلزمها الانتساب إليه إلا أن تصدقه في ذلك وإذا كان مثلها لا يولد لمثله لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما لأن تكذيب الحقيقة إياه أقوى من تكذيبه نفسه والفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين العتق ما قلنا أن لإقراره بالنسب في ملكه موجبا فيجعل ذلك الإقرار كناية عن موجبه مجازا وليس لإقراره بالنسب في ملك النكاح موجب من حيث الإزالة فلا يمكن إعماله بطريق المجاز وأكثر ما في الباب أن يقال موجبه نفي أصل النكاح فيجعل كأنه صرح بذلك وجحوده لأصل النكاح لا يكون موجبا للفرقة فكذلك إقراره بذلك وكذلك لو قال أرضعتني ومثلها لا يرضع ولا لبن لها فإنه مكذب في ذلك حقيقة فينزل في ذلك منزلة تكذيبه نفسه فلهذا لا يفرق بينهما والله سبح ا نه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) : رضي الله عنه أعلم بأن نفقة الغير تجب بأسباب منها الزوجية ومنها الملك ومنها النسب وهذا الباب لبيان نفقة الزوجات والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ وبما أنفقوا من أموالهم ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ معناه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال صلى الله عليه و سلم : (أوصيكم بالنساء خيرا فإنهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا وأن لا يأذن في بيوتكم لأحد تكرهونه فإذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وإن لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف) وقال – صلى الله عليه و سلم – لهند : (خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف) ولأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له

---

(١) المبسوط، ٧٩/٤

فتستوجب الكفاية عليه في ماله كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم والقاضي لما فرغ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية في مالهم إذا عرفنا هذا فنقول :

طريق إيصال النفقة إليها شيئان التمكين أو التمليك حتى إذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالب الزوج بفرض النفقة فإن لم يكن بهذه الصفة فخاصمته في النفقة فرض لها عليه من النفقة كل شهر ما يكفيها بالمعروف لأن النفقة شروعة للكفاية فإنما يفرض بقدار ما يعلم أنه تقع به الكفاية ويعتبر المعروف في ذلك وهو فوق التقتير ودون الإسراف لأنه مأمور بالنظر من الجانبين وذلك في المعروف وكذلك يفرض لها من الكسوة ما يصلح لها للشتاء والصيف فإن بقاء النفس بهما وكما لا تبقى النفس بدون المأكول عادة لا تبقى بدون الملبوس عادة والحاجة إلى ذلك تختلف باختلاف الأوقات والأمكنة فيعتبر المعروف في ذلك

فإن كان لها خدم فرض القاضي لخادم واحد لأن الزوج محتاج إلى القيام بحوائجها وأقرب ذلك إصلاح الطعام لها وخادمها ينوب عنه في ذلك فيلزمه نفقة خادمها بالمعروف ولا تبلغ نفقة خادمها نفقتها حتى قالوا : يفرض لخادمها أدنى ما يفرض لها على الزوج المعسر ولا يفرض إلا لخادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – يفرض لخادمين لأنها قد تحتاج إليهما ليقوم إحداهما بأمور داخل البيت والآخر يأتيها من خارج البيت بما تحتاج إليه وهما قالا : حاجتها ترتفع بالخادم الواحد عادة وما زاد على الواحد فللتجمل والزينة ووجوب النفقة على الزوج للكفاية فكما لا يزيدها على قدر الكفاية في نفقتها فكذلك في نفقة خادمها ولو فرض لخادمين لفرض لأكثر من ذلك فيؤدي إلا ما لا يتناهى ثم في ظاهر الرواية المعتبر في ذلك حال الزوج في اليسار والإعسار في ذلك قال الله تعالى : ﴿ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ الآية بين أن التكليف بحسب الوسع وإن النفقة على الرجال بحسب حالهم وذكر الخصاف رحمه الله تعالى في كتابه إن المعتبر حالهما جميعا إذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين وإن كانت هي معسرة تحت زوج موسر تستوجب عليه دون ما تستوجب إذا كانت موسرة لأن الظاهر إن دون ذلك يكفيها وإن كانت موسرة والزوج معسرا تستوجب عليه فوق ما تستوجب إذا كانت معسرة لتحصل كفايتها بذلك وفي ظاهر الرواية يقول لمال زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج إلا بحسب حاله ثم ليس في النفقة تقدير عندنا

وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – : يقدر كل يوم بمدين على الموسر وبمد ونصف على وسط الحال ويمد على المعسر وهذا ليس بقوي فإن المقصود الكفاية وذلك ما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم من الشباب والهرم ويختلف باختلاف الأوقات أيضا ففي التقدير بمقدار إضرار بأحدهما والذي قال في الكتاب إن كان معسرا فرض لها من النفقة كل شهرا أربعة دراهم أو خمسة ولخادمها عليه ثلاثة دراهم أو أقل من ذلك أو أكثر فليس هذا بتقدير لازم لأن هذا يختلف باختلاف الأسعار في الغلاء والرخص واختلاف المواضع واختلاف الأوقات فلا معتبر بالتقدير بالدراهم في ذلك وإنما ذكر هذا بناء على ما شاهد في ذلك الوقت والذي يحق على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض لها في كل وقت ومكان

وكما يفرض لها من قدر الكفاية من الطعام فكذلك من الإدام لأن الخبز لا يتناول إلا مأدوما عادة وجاء في تأويل قوله تعالى : ﴿ من أوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ إن أعلى ما يطعم الرجل أهله الخبز واللحم وأوسط ما يطعم الرجل أهله الخبز والزيت وأدنى ما يطعمك الرجل أهله الخبز واللبن وأما الدهن فلأنه لا يستغني عنه خصوصا في ديار الحر فهو من أصل الحوائج كالخبز

(قال) : فإن لم يكن لها خادم لم تفرض نفقة الخادم عليه وعن زفر - رحمه الله تعالى - أنه يفرض لخادم واحد لأن على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها فإذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم ثم تقوم هي بذلك بنفسها أو تتخذ خادما فأما في ظاهر الرواية استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فإذا لم يكن لها خادم لا تستوجب النفقة الخادم كالغازي إذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس وإن أظهر غنا الفارس في القتال

(قال) : والكسوة على المعسر في الشتاء درع وملحفة زطية وخمار سابوري وكساء كأرخص ما يكون كفايتها مما يدفئها ولخادمها قميص كرابيس وإزار وكساء كأرخص ما يكون وللخادم في الصيف قميص مثل ذلك وإزار وللمرأة درع وملحفة وخمار وإن كان ميسرا فالنفقة عليه للمرأة ثمانية دراهم أو تسعة ولخادمها ثلاثة دراهم أو أربعة والكسوة للمرأة في الشتاء درع يهودي أو هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء أذربيجاني ولخادمها قميص زطي وإزار كرابيس وكساء رخيص وفي الصيف للمرأة درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم ولخادمها قميص مثل ذلك وإزار والحاصل أن ما ذكر من التقدير بالدراهم لا معتبر به لما قلنا وما ذكر من الثياب فهو بناء على عادتهم أيضا وذلك يختلف باختلاف الأمكنة في شدة الحر والبرد وباختلاف العادات فيما يلبسه الناس في كل وقت فيعتبر المعروف من ذلك فيما يفرض ولم يذكر في كسوة المرأة الإزار و ا لخف في شيء من المواضع وذكر الإزار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف فإن كانت تخرج للحوائج فلها الخف أو المكعب بحسب ما يكفيها فأما المرأة فمأورة بالقرار في البيت ممنوعة من الخروج فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج وكذلك لا تستوجب الإزار لأنها مأمورة بأن تكون مهيأة نفسها لبساط الزوج فليس على الزوج أن يتخذ لها ما يحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الإزار في كسوتها ثم النفقة للكفاية في كل يوم فأما الكسوة فإنما تفرض في السنة مرتين في كل ستة أشهر مرة فإن فعل ذلك لم يجدد لها الكسوة حتى يبلغ ذلك الوقت إلا أن تكون لبست لبسا معتادا فتخرق قبل مجيء ذلك الوقت فحينئذ تبين إن ذلك لم يكن يكفيها فتجدد لها الكسوة

ولكن إن أخذت الكسوة ورمت بها حتى جاء الوقت وقد بقيت تلك الكسوة عندها يفرض لها كسوة أخرى لأنها لو لبست لتخرق ذلك فبأن لم تلبس لا يسقط حقها ويجعل تجدد الوقت كتجدد الحاجة وهذا بخلاف كسوة الأقارب فالمعتبر هناك حقيقة الحاجة وإذا بقيت تلك الكسوة فلا حاجة وهنا لا معتبر بحقيقة الحاجة فإنها وإن كانت صاحبة ثياب تستوجب كسوتها على الزوج فلهذا فرقنا بينها

(قال) وإن كان الرجل من أهل الغنى المشهورين بذلك فلامرأته خمسة عشر درهما كل شهر ولخادمها خمسة ولها من الكسوة في الشتاء درع يهودي وملحفة هروي وجبة فرو أو درع خز وخمار ابريسم ولخادمها قميص يهودي وإزار وجبة وكساء وخفين

ثم قال محمد – رحمه الله تعالى – لا ينبغي أن تؤقت النفقة على الدارهم لأن السعر يغلو ويرخص لكن تجعل النفقة على الكفاية في كل زمان فينظر إلى قيمة ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهرا شهرا وقد بينا هذا الفصل والذي قال تفرض شهرا شهرا إنما بناه على عادتهم أيضا

بعض المتأخرين من مشايخنا يعتبر في ذلك حال الرجل أيضا فإن كان محترفا تفترض عليه النفقة يوما يوما لأنه يتعذر عليه أداء النفقة شهرا دفعة واحدة وإن كان من التجار يفرض الأداء شهرا شهرا وإن كان من الدهاقين تفرض عليه النفقة سنة سنة لأن تيسر الإداء عليه عند إدراك الغلات في كل سنة وتيسر الأداء التاجر عند اتخاذ أجر غلات الحوانيت وغيرها في كل شهر وتيسر الأداء على المحترف بالاكتساب في كل يوم ولا يؤخذ من الزوج كفيل بشيء من النفقة

أما نفقة المستقبل فلم تجب بعد والإنسان لا يجبر على إعطاء الكفيل ما لم يجب عليه وأما الماضي فلإنه بمنزلة سائر الديون يؤمر بقضائها ولا يجبر على إعطاء الكفيل ولو خاصمته امرأته في نفقة ما مضى من الزمان قبل أن يفرض القاضي عليه لها النفقة لم يكن لها شيء من ذلك عندنا

وعلى قول الشافعي – رحمه الله تعالى – يقضي لها بما لم تستوف من النفقة الماضية وأصل المسألة أن النفقة لا تصير دينا إلا بقضاء القاضي أو **التراضي** عندنا وعند الشافعي تصير دينا لأن وجوبها بالعقد فلا تحتاج إلى القضاء أو إلى الرضاء في صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر ولأن وجوب النفقة باعتبار قيام الزوج عليها بعد العقد وقد تقر ذلك فيصير دينا بدون القضاء كالأجرة يصير دينا باستيفاء المنفعة بعد العقد

وحجتنا في ذلك أن النفقة صلة والصلات لا تتأكذ بنفس العقد ما لم ينضم إليها ما يؤكدها كالهبة والصدقة من حيث إنها لا تتم بالقبض وبيان الوصف أن النفقة ليست بعوض عن البضع فإن المهر عوض عن البضع ولا تستوجب عوضين عن شيء واحد بعقد واحد ولأن ما يكون عوضا عن البضع يجب جملة لأن ملك البضع يحصل للزوج جملة ولا يجوز أن يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها لأن ذلك تصرف منه في ملكه فلا يوجب عليه عوضا فعرفنا أن طريقه طريق الصلة وتأكدها إما بالقضاء أو **التراضي** ولأن هذه نفقة مشروعة للكفاية فلا تصير دينا بدون القضاء كنفقة الوالدين والمولودين لا تصير دينا بمجرد مضي الزمان فكذا هنا وكذلك لو استدانت عله قبل قضاء القاضي أو **التراضي** لأنه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وإنما ولايتها على نفسها فما استدانت يكون في ذمتها وانفاقها مما استدانت كإنفاقها من سائر أملاكها فلا ترجع بشيء من ذلك على الزوج إلا أن يكون القاضي فرض لها عليه نفقة كل شهر أو صالحته على نفقة كل شهر ثم غاب أو حبس للنفقة عليها فاستدانت عليه أو لم تستدن أخذته بنفقة ما مضى لأن حقها تأكد بقضاء القاضي أو بالصلح عن تراض فإن ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي في الإلزام

وذكر عن شريح قال : أيما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فإنما استدانت على نفسها وإنما أراد به إذا لم يفرض القاضي لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما إذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج لأن للقاضي عليه ولاية فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه

(قال) : وقال أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – لا أجيز الفرض عليه إذا كان غائبا لأن الفرض عليه إذا كان غائبا إلزام وليس للقاضي ولاية الإلزام على الغائب وإن كان لها منه ولد فطلبت أن يفرض للولد معها نفقة فرض عليه للصغار والنساء والرجال الزمنى فأما الذين لا زمانة بهم من الرجال فلا نفقة لهم عليه بل يؤمرون بالاكتساب والإنفاق على أنفسهم فأما من كان زمنا مهم فهو عاجز عن الاكتساب وبالنساء عجز ظاهر عن الاكتساب

وفي أمرها بالاكتساب فتنة فإن المرأة إذا أمرت بالاكتساب اكتسبت بفرجها فإذا لم يكن لها زوج فهي بمنزلة الصغيرة ونفقتها في صغرها على الوالد لحاجتها فكذلك بعد بلوغها ما لم تتزوج لأن ببلوغها تزداد الحاجة والأصل في ذلك ما روينا من قوله – صلى الله عليه و سلم – : (خذي من من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف) ولأن مؤنة الرضاع على الوالد بالنص قال الله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ إلى قوله : ﴿ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ﴾ وذلك حاجة الولد ما دام رضيعا فيكون هذا دليلا على أن كفاية الولد على الوالد ما بقيت حاجته ثم يدفع نفقة الكبار من الولد إليهم لأن النفقة حقهم ولهم أهلية استيفاء حقوقهم ولا ولاية لأحد عليهم ويدفع نفقة الصغار إلى المرأة لأن الصغير في حجرها وهي التي تصلح له طعامه فيدفع نفقته إليها

ثم بين نفقة الصغير على المعسر بالدراهم وكسوته بالثياب وهذا نظير ما ذكرنا في نفقة الزوجة إن المعتبر ما تقع به الكفاية وهذا أظهر هنا فإن الحاجة تختلف باختلاف سن الصغير فلا عبرة بالتقدير اللازم فيه ولكنه إن كان موسرا أمر بأن يوسع عليه في النفقة والكسوة على حسب ما يرى الحاكم فيه ويعتبر فيه المعروف في ذلك كما يعتبر في نففة الزوجة

(قال) : وإذا صالحت المرأة زوجها على نفقة لا تكفيها فلها أن ترجع عن ذلك وتطالب بالكفاية لأن النفقة إنما تجب شيئا فشيئا فرضاها بدون الكفاية إسقاط منها لحقها قبل الوجوب وذلك لا يجوز ألا ترى أنها لو أبرأته عن النفقة لم تسقط بذلك نفقتها وهذا بخلاف الإجرة فإن الأبراء عن بعض الأجرة بعد العقد قبل استيفاء المنفعة يجوز بلا خلاف لأن سبب الوجوب هنا وهو العقد موجود فيقام ذلك مقام حقيقة الوجوب في صحة الإسقاط وهناك ليس هو العقد ولكن تفريغها نفسها لخدمة لزوج وذلك يتجدد حالا فحالا فإسقاطها قبل وجود السبب باطل توضيحه أن النفقة مشروعة للكفاية وفي التراضي على ما لا تقع به الكفاية تفويت المقصود لا تحصيله فكان باطلا

وكذلك إن كان القاضي فضى بذلك لأنه تبين أنه أخطأ في قضائه حين قضى بما لا يكفيها فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها

(قال) : وإذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ثم أيسر فخاصمته فعليه نفقة الموسرين لما بينا أن النفقة تجب شيئا فشيئا فيعتبر حاله في كل وقت فكما لا يستأنف القضاء بنفقة المعسر بعد اليسار فكذلك لا يستديم ذلك القضاء وقد كان القضاء عليه بنفقة المعسر لعذر العسرة فإذا زال العذر بطل ذلك كمن شرع في صوم الكفارة للعسرة ثم أيسر كان عليه التكفير بالمال

(قال) : وإذا تغيبت المرأة عن زوجها أو أبت أن تتحول معه إلى منزله أو إلى حيث يريد من البلدان وقد أوفاها مهرها فلا نفقة لها لأنها ناشزة ولا نفقة للناشزة فإن الله تعالى أمرها في حق الناشزة بمنع حظها في الصحبة بقوله تعالى : ﴿ واهجروهن في المضاجع ﴾ فذلك دليل على أنه تمنع كفايتها في النفقة بطريق الأولى لأن الحظ في الصحبة لهما وفي النفقة لها خاصة ولأنها إنما تستوجب النفقة بتسليمها نفسها إلى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه فإذا امتنعت من ذلك صارت ظالمة وقد فوتت ما كان يجب النفقة لها باعتباره فلا نفقلا لها وقيل لشريح رحمه الله تعالى : هل للناشزة نفقة فقال : نعم فقيل : كم ؟ قال : جراب من تراب معناه لا نفقة لها وإن كان لم يوفها مهرها فأبت عليه ذلك حتى يوفيها فلها النفقة لأنها حبست نفسها بحق فلا تكون مفوتة ما به تستوجب النفقة حكما بل الزوج هو المفوت بمنعها حقها ولأن الن فقة حقها والمهر حقها فمطالبتها بأحد الحقين لا يسقط حقها الآخر

وكذلك لو لم يدخل بها في ظاهر الرواية إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها قبل الدخول إذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها فلا نفقة لها وكأنه على هذه الرواية اعتبر لوجوب النفقة انتقالها إلى بيت الزوج فإذا لم يوجد لا تستوجب النفقة ابتداء فأما بعد ما انتقلت إلى بيته ووجبت لها النفقة فلا يسقط ذلك إلا بمنعها نفسها بغير حق وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل إلى بيت زوجها ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بينه كان لها أن تطالبه بالنفقة فكذلك إذا حبست نفسها الاستيفاء المهر وإن رجعت الناشزة إلى بيت الزوج فنفقتها عليه لأن المسقط لنفقتها نشوزها وقد زال ذلك والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾

(قال) : ولا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها عندنا وعلى قول الشافعي – رحمه الله تعالى – لها النفقة لأنها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر وهذا لأن الوجوب لحاجتها والصغيرة محتاجة إلى ذلك كالكبيرة ألا ترى أن بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير فكذلك بسبب النكاح وحجتنا في ذلك أنها غير مسلمة نفسها إلى زوجها في منزلة فلا تستوجب النفقة عليه كالناشزة وهذا لأن الصغيرة جدا لا تنتقل إلى بيت الزوج بل تنقل إليه ولا تنقل إليه للقرار في بيته أيضا فتكون كالمكرهة إذا حملت إلى بيت الزوج ولأن نفقتها عليه باعتبار تفريغها نفسها لمصالحه فإذا كانت لا تصلح لذلك لمعنى فيها كان ذلك بمنزلة منع جاء من قبلها فلا نفقة لها على الزوج بخلاف المملوكة فإن نفقتها لأجل الملك فقط وذلك لا يخلف بالصغر والكبر وإن كانت قد بلغت مبلغا يجامع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيرا كان زوجها أو كبيرا لأنها مسلمة نفسها في منزلها مفرغة نفسها لحاجته وإنما الزوج هو الممتنع من الاستيفاء لمعنى فيه فلا يسقط به حقها في النفقة

وإن كان الزوج صغيرا لا مال له لم يؤخذ الأب بنفقة زوجته إلا أن يكون ضمنها لأن استحقاق النفقة على الزوج كاستحقاق المهر فكما لا يؤخذ أبوه بشيء من المكهر إذا لم يضمن ذلك فكذلك لا يؤخذ بالنفقة

(قال) : وكل امرأة قضي لها بالنفقة على زوجها وهو صغير أو كبير معسر لا يقدر على شيء فإنها تؤمر بأن تستدين ثم ترجع عليه ولا يحبسه القاضي إذا علم عجزه وعسرته لأن الحبس إنما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون

زاجرا له عن الظلم وقد ظهر هنا عذره لا ظلمه فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة فإذا استدانت بأمر القاضي كان كاستدانتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك إذا أيسر

وإن كان القاضي لا يعلم من الزوج عسره فسألت المرأة حبسه بالنفقة لم يحبسه القاضي في أول مرة لأن الحبس عقوبة يستوجبها إلا الظالم ولم يظهر حيفه وظلمه في أول مرة فلا يحبسه ولكن يأمره بأن ينفق عليها ويخبره أنه يحبسه إن لم يفعل فإن عادت إليه مرتين أو ثلاثا حبسه لظهور ظلمه بالامتناع من أيفاء ما هو مستحق عليه فإن علم أنه محتاج خلى سبيله لأنه مستحق للنظرة إلى ميسرة بالنص وليس بظالم في الامتناع من الإيفاء مع العجز

(قال) : وينبغي للقاضي إذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة في نفقة أو دين أن يسأل عنه وفي بعض المواضع ذكر أربعة أشهر وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - قدر ذلك بستة أشهر وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى - أن أدنى المدة فيه شهر والحاصل أنه ليس فيه تقدير لازم لأن الحبس للإضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأي فيه إلى القاضي حتى إذا وقع في أكبر رأيه أنه يضجر بهذه المدة ويظهر مالا إن كان له يسأل عن حاله بعد ذلك

وذكر هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله تعالى - إن له أن يسأل عن حاله بعد ما حبسه ولم يعتبر في ذلك مدة فإذا سأل عنه فأخبر أنه معسر خلى سبيله لأن ما صار معلوما بخير العدول فهو بمنزلة الثابت بإقرار الخصم ولا يحول بين الطالب وبين ملازمته عندنا وكان إسماعيل بن حماد رحمه الله تعالى يقول : ليس للطالب أن يلازمه وبه أخذ الشافعي - رحمه الله تعالى - لأنه منظر بأنظار الله تعالى فهو بمنزلة ما لو أجله الخصم أو أبرأه منه فكما لا يلزمه هناك فكذلك لا يلازمه هنا ولكنا نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه و سلم اشترى من أعرابي بعيرا بثمن مؤجل فلما حل الأجل طالبه الأعرابي فقال : ليس عندنا شيء فقال الأعرابي : واغدراه فهم به الصحابة - رضوان الله عليهم - فقال - صلى الله عليه و سلم - دعوه فإن لصاحب الحق اليد واللسان والمراد باللسان التقاضي وباليد الملازمة ولأن قضاء الدين مستحق عل ى المديون من كسبه وماله فكما أنه إذا كان له مال كان للطالب أن يطالبه بقضاء الدين منه فكذلك إذا كان له كسب كان له أن يطالبه بقضاء الدين من كسبه وذلك إنما يتحقق بالملازمة حتى إذا فضل من كسبه شيء عن نفقته أخذه بدينه ولسنا نعني بهذه الملازمة أن يقعده في موضع فإن ذلك حبس ولكن لا يمنعه من التصرف بل يدور معه حيثما دار وإن كان غنيا لم يخرجه من السجن أبدا حتى يؤدي النفقة والدين لقوله صلى الله عليه و سلم : (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته)

لأنه حال بين صاحب الحق وبين حقه مع قدرته على إيفائه فيجازى بمثله وذلك بالحيلولة بينه وبين نفسه وتصرفه حتى يوفي ما عليه وإن كان له مال حاضر أخذ القاضي الدراهم والدنانير من ماله وأدى منها النفقة والدين لأن صاحب الحق إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فللقاضي أن يعينه على ذلك أيضا وكذلك إذا ظفر بطعامه في النفقة لأنه عين ما عليه من الحق والمرأة تتمكن من أخذه إذا قدرت عليه فيعينها القاضي على ذلك ولا يبيع القاضي عروضه في النفقة والدين في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وفي قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - يبيع ذلك كله وهو بناء على مسألة الحجر فإن عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - القاضي لا يحجر على المديون

بسبب الدين وبيع المال عليه نوع حجر فلا يفعله القاضي وعندهما القاضي يحجر عليه بسبب الدين فيبيع عليه ماله واستدلا في ذلك بما روى أن النبي – صلى الله علي ه و سلم – حجر على معاذ – رضي الله عنه – وباع عليه ماله وقسم ثمنه على غرمائه بالحصص

وقال عمر – رضي الله عنه – في خطبته : أيها الناس إياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب وإن أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال له قد سبق الحاج فأدان مقرضا أصبح وقد ربدته إلا أني بائع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليعد . والمعنى فيه أن قضاء الدين مستحق عليه بدليل أنه يحبس لأجله فإذا امتنع من ذلك وهو مما تجري النيابة فيه ناب القاضي منابه كالتفريق بين العنين وامرأته وبالاتفاق يبادل أحد النقدين بالآخر بهذا الطريق فكذلك يبيع العروض

ولأبي حنيفة ما روي أن رجلا من جهينة أعتق شقصا من عبد بينه وبين آخر فحبسه رسول الله – صلى الله عليه و سلم – حتى باع غنيمة له وأدى ضمان نصيب شريكه ومعلوم أن النبي – صلى الله عليه و سلم – كان علم بيساره حين ألزمه ضمان العتق ثم اشتغل بحبسه ولم يبع عليه ماله فلو كان ذلك جائزا لاشتغل به ولأن فيه نظرا من الجانبين

والمعنى فيه أن المستحق عليه قضاء الدين طرق سوى بيع المال فليس للقاضي عليه ولاية تعيين هذا الطريق لقضاء الدين ألا ترى أنه لا تزوج المديونة لتقضي الدين من صداقها ولا يؤاجر المديون ليقضي الدين من أجرته لأنه تعين قضاء الدين عليه فكذلك لا يبيع ماله لأنه تعين طريق قضاء الدين عليه ومبادلة أحد النقدين بالآخر لا يفعله في القياس أيضا ولكن في الاستحسان الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد فإن المقصود منهما واحد فكان ذلك بمنزلة قضاء الدين من جنس الحق وذلك متعين عليه لصاحب الحق لأن له أن يأخذ جنس حقه فكذلك للقاضي أن يعينه عليه

وأما حديث معاذ – رضي الله تعالى عنه – فإنما باع رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ماله برضاه وسؤاله لأنه لم يكن في ماله وفاء بديونه فسأل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أن يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ماله فيصير فيه وفاء بدينه والمشهور من حديث عمر – رضي الله تعالى عنه – أني قاسم ماله بين غرمائه فإنما يحمل على أن ماله كان من النقود والدليل عليه أن عندهما ليس للقاضي أن يبيع المال إلا بطلب من الخصم ولم يكن منهم طلب فعرفنا أنه كان ذلك من جنس الحق أو كان فيه نوع من مصلحة رآها لأسيفع جهينة

(قال) : وإذا كان لرجل نسوة فرضت النفقة لهن عليه بحسب الكفاية على ما قلنا فإن كانت إحداهن كتابية أو أمة قد بوأها مولاها معه بيتا فرض عليه لكل واحدة منهن ما يكفيها ولا تزاد الحرة المسلمة على الأمة والذمية شيئا لأن النفقة مشروعة للكفاية وهذا لا يختلف باختلاف الدين ولا باختلاف الحال في الرق والحرية فإن فرض لك وهو معسر وعلم القاضي ذلك منه أمرهن بالاستدانة عليه ففي هذا يعتدل النظر من الجانبين وإن كان الزوج غائبا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا يأمرهن بالاستدانة عليه إذا كان يعلم النكاح بينه وبينهن وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفعل ذلك عند حضرته ثم رجع فقال : لا يأمر بذلك وهو قولهما لأن فيه قضاء على الغائب وليس له ذلك وإن أمرهن بالاستدانة فلم يجدن ذلك لم يفرق بينه وبينهن ولم يجبره على طلاقهن عندنا

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – يفرق بينه وبينهن إذا طلبن ذلك لقوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ والمعروف في الإمساك أن يوفيها حقها من المهر والنفقة فإذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالإحسان وهو المعني في ذلك فإن المستحق عليه أحد الشيئين فإذا تعذر أحدهما تعين الآخر ألا ترى أنه إذا عجز عن الوصول إليها بسبب الجب والعنة فرق بينهما لفوات الإمساك بالمعروف بل أولى لأن حاجتها إلى النفقة أظهر من حاجتها إلى قضاء الشهوة ولكن لما تعين التفريق لإيصالها إلى حقها من جهة عسره فرق القاضي بينهما فكذلك هنا تعين التفريق لإيصالها إلى حقها من جهة غيره وبه فارق المهر والنفقة المجتمعة عليه فإن التفريق ليس بطريق لإيصالها إلى ذلك الحق من مهره غيره فأما نفقة الوقت تصل إليها بعد التفرييق من جهة زوج آخر وقاس بنفقة العبد والأمة فإنه يسحتق عليه بسبب الملك فإذا تعذر عليه أجبره القاضي على إزالة الملك بالبيع فهنا كذلك

واستدل بحديث عمر وعلي – رضي الله عنهما – أنهما كتبا إلى أمراء الأجناد أن مروا من قبلكم أن تبعثوا بنفقة أهليكم أو بطلاقهن وقيل لسعيد بن المسيب – رضي الله عنه – : أتفرق بين العاجز عن النفقة وبين أمرأته فقال : نعم فقيل له : إنه سنة فقال : نعم والسنة إذا أطلقت يفهم منهم سنة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وحجتنا في ذلك قوله تعالى :

﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾

فهذا تنصيص على أن المعسر منظر ولو أجلته في ذلك لم يكن لها أن تطالب بالفرقة فكذلك إذا استحق النظرة شرعا إلا أن المستحق بالنص التأخير فلا يلحق به ما يكون إبطالا لأن ذلك فوق المنصوص وفي حق المملوك يكون إبطالا لأنه لا يثبت للمولك على مولاه دين

فأما في حق الزوجية يكون تأخيرا لا إبطالا وبهذا تبين أنه غير عاجز عن معروف يليق بحاله وهو الالتزام في الذمة فإن المعروف في النفقة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهو الالتزام في الذمة مع أن التسريح طلاق

وعند الشافعي المستحق هنا هو الفسخ بسبب العيب حتى إذا فرق بينهما لم يكن طلاقا وبه نجيب عن حديث عمر وعلي – رضي الله عنهما – مع أنهم ما كانوا عاجزين عن المهر والنفقة فإن نفقة عيال من هو من الجند من مال بيت المال والإمام هو الذي يوصل ذلك إليهم ولكنهما خافا عليهن الفتنة لطول غيبة أزواجهن فأمرهم أن يبعثوا إليهن ما تطيب به قلوبهن والمعنى فيه أن النفقة مال فالعجز عنه لا يكون موجب للفرقة كالمهر والنفقات المجتمعة بل أولى لأن ذلك دين مستقر ونفقة الوقت لم تستقر دينا بعد وهذا لأن المقصود بالنكاح غير المال فكان المال زائدا والعجز عن التبع لا يكون سببا لرفع الأصل وكما أن بالفرقة لا تتوصل إلى مهرها الذي على الزوج الأول وإنما تتوصل إلى مثله من جهة أخرى فكذلك النفقة وبه فارق الجب والعنة فإن هناك تحقق فوات ما هو المقصود مع إن عندنا هناك لا يفسخه العقد ولكن يفرق بينهما بطريق ا لتسريح بالإحسان حتى يكون ذلك طلاقا لإزالة ظلم التعليق عنها وهذا ليس في معنى ذلك من وجوه

أحدهم أن هناك قد انسد عليها باب تحصيل ذلك المقصود بدون التفريق بينهما وهنا لم ين عليها وصول النفقة بدون التفريق بأن تستدين فتنفق

والثاني إن هناك الزوج يمسكها من غير حاجة به إليها فيما هو المقصود فكان ظالما وهنا يمسكها مع حاجته ليها فما هو المقصود فلا يكون ظالما ولأن هناك في ترك التفريق إبطال حقها لأن وظيفة الجماع لا تصير دينا على الزوج بمضي المدة ولو فرقنا كان فيه إبطال ملك الزوج فاستوى الجانبان في ضرر الإبطال وفي جانبها رجحان لصدق حاجتها وهنا في ترك التفريق تأخير حقها لأن النفقة تصير دينا على الزوج وفي التفريق إبطال الملك على الزوج وضرر التأخير دون ضرر الإبطال وبه يفرق بينه وبين العبد

فالضرر هناك ضرر الإبطال لأن النفقة هناك لا تصير دينا للمملوك على المالك ثم فيه إبطال حقه بغير بدل وفي البيع إبطال ملك المولى ببدل فكان هذا الضرر أهون حتى إن في الموضع الذي يكون إبطالا بغير بدل لا يفعل ذلك وهو أنه إذا عجز عن نفقة أم ولده لم يعتقها القاضي عليه

(قال) : والتبوئة في الأمانة أن يخلى بين الأمة وزوجها ولا يستخدمها لما بينا أن المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها نفسها لقيام مصالح الزوج وإنما يحصل ذلك بهذا النوع من التبوئة فإن استخدمها بعد ذلك ولم يخل بينه وبينها فلا نفقة لها لأنه إزال ما به كانت تجب نفقتها عليه فهي كالحرة الناشزة فإن قيل المولى إنما أزال ذلك بحق له فلماذا لا يجعل هذا كالحرة إذا احتبست نفسها لصداقها قلنا كما في الابتداء فإن الحرة إذا احتبست نفسها بالصداق كان لها أن تطلب النفقة والمولى إذا لم يبوئها بيتا في الابتداء لم يكن لها النفقة

والمعنى فيه أن الحرة إذا احتبست نفسها بصداقها فالتفويت إذا جاء من قبل الزوج حين امتنع من أيفاء ما لزمه لتنتقل إلى بيته فأما هنا التفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى لشغله إياها بخدمة نفسه فلهذا لم يكن لها نفقة عليه فإن كانت هي تجيء فتخدمه من غير أن يستخدمها فلها النفقة لأن الحق للمولى ولم يوجد من جهته تفويت بل الموجود من جهته التسليم فإن جاءت في وقت والزوج ليس في البيت فاستخدموها ومنعوها من الرجوع إلى بيتها فلا نفقة لها لأن استخدام أهل المولى إياها كاستخدام المولى وقد بينا أن فيه تفويت التبوئة والتبوئة شرط لاستحقاق النفقة وبعد التفويت ممن له الحق لا يكون لها نفقة

(قال) : ونفقة المرأة واجبة على الزوج وإن مرضت من قبل أنها مسلمة نفسها إلى الزوج في بيته ولا فعل منها في المرض لتصير به مفوتة مع أنه لا يفوت ما هو المقصود من الاستئناس وغيره ولا معتبر بمقصود الجماع في حق النفقة فإن الرتقاء تستحق النقة على زوجها مع فوات مقصود الجماع وقد روي عن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – أن الرتقاء لا تستوجب النفقة على الزوج إذا لم يرض الزوج بها ويكون له أن يردها إلى أهلها ولا ينفق عليها وفي المريضة إن تحولت إلى بيته وهي مريضة فله أن يردها إلى أن تبرأ وإن مرضت في بيته بعد ما تحولت إليه فليس له أن يردها بل ينفق عليها إلا أن يتطاول مرضها

(قال) : وهذا استحسان لأن النكاح يعقد للصحبة والألفة وليس من الألفة أن يمتنع عن الإنفاق أو يردها لقليل مرض فإذا تطاول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذي لا يزول عادة وإنما يلزمه نفقتها لقيامه عليها وقد فات ذلك بمعنى من جهتها فتسقط نفقتها كما إذا كانت صغيرة لا يجامع مثلها ولكن قد بينا الفرق بينهما من حيث أن الصغر يزول فلا ينعدم به استحقاق الجماع بسبب العقد بخلاف الرتق والقرن

وكذلك لو جنت أو أصابها بلاء يمنعه من الجماع أو هرمت حتى لا يستطيع جماعها وذكر في الكتاب أنه لو أصابتها هذه العوارض من بعد ما دخل بها وليس مراده حقيقة الوطء بل المراد انتقالها إلى منزله وسواء انتقلت أو لم تنتقل إذا لم تكن مانعة نفسها ظالمة فهي مستوجبة للنفقة على ما قلنا

(قال) : ولا نفقة في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ولا في العدة منه لأن ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها إلى الزوج للقيام بمصالحه فإن فساد النكاح يمنعها عن ذلك شرعا ولهذا لم تجعل الخلوة في النكاح الفاسد تسليما في حق وجوب المهر فكذا لا تستوجب النفقة في التسليم بالنكاح الفاسد

(قال) : وإذا اختلف الزوج والمرأة فقال الزوج : أنا فقير وقالت المرأة : هو غني فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى المرأة البينة لأن الفقر في الناس أصل وإليه أشار رسول الله – صلى الله عليه و سلم – في قوله : يولد كل مولود أحمر ليس عليه غبرة أي سترة ثم يرزقه الله تعالى من فضله فالزوج يتمسك بما هو الأصل والمرأة تدعي غنى عارضا فعليها البينة وعليه اليمين لإنكاره وبه أجاب في كتاب العتاق إذا ادعي المعتق أنه معسر فالقول قوله فأما ما أشار في سائر الديون إن كان وجوب الدين عليه ببيع أو قرض لم يقبل قوله أنه معسر لأنه صار غنياف بما دخل في ملكه من المال فلا قول له في دعوى الفقر بعد تيقنا بزوال ذلك الأصل

وكذلك قالوا في كل دين التزمه بالعقد اختيارا كالمهر ودين الكفالة فإقدامه على الالتزام إقرار منه أنه قادر على الأداء فإن العاقل لا يلتزم مالا يقدر على أدائه اختياراف فأما فيما سوى ذلك فالقول قوله في دعوى العسرة وبعض المتأخرين من مشايخنا يقولون يحكم في ذلك زيه فإن كان عليه زي الأغنياء لم يقبل قوله إنه معسر لأن الزي دليل على غناه قال الله تعالى ﴿ تعرفهم بسيماهم ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ ولو أرادوا الخروج لا عدو له عدة ﴾ وقال جل وعلا : ﴿ وإن كان قميصه قد من قبل ﴾

ففي هذا دليل على أن الظاهر من العلامة يجعل حكما إلا في الفقهاء والعلوية فإنهم يتكلفون الزي مع العسرة ليعظمهم الناس فلا يجعل الزي حكما في حقهم لظهور العادة بخلافه

(قال) : فإن لم يكن لها بينة على يساره وسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي لأنه وجد دليلا يعتمده لفصل الحكم وهو التمسك بالأصل فليس عليه أن يطلب دليلا آخر وإن فعله فأتاه من أخبره عنه أنه موسر لا يعتمد ذلك أيضا إلا أن يخبره بذلك رجلا عدلان ويكونا بمنزلة الشاهدين يخبران أنهما قد علما ذلك فحينئذ لو شهدا عنده في مجلس الحكم يثبت يساره بشهادتهما وكذلك إن أخبراه بذلك لأن المعتبر علم القاضي ويحصل له علم بخبرها كما يحصل بشهادتهما وإن أخبرا أنهما علما ذلك من رواية راو لم يؤخذ بقولهما لأنهما أخبراه عن علم وإنما أخبراه عن ظن أو عن خبر من لا يعتمد خبره والخبر إذا تداولته الألسنة تتمكن فيه الزيادة والنقصان عادة فلهذا لا يعتمد مثل هذا الخبر

(قال) : وإن أقامت المرأة البينة أنه موسر وأقام الزوج البينة أنه محتاج أخذ ببينة المرأة لأنها قامت على الإثبات لأن شهود الزوج اعتمدوا في شهادتهم ما هو الأصل وشهود المرأة عرفوا الغنى العارض فلهذا يفرض لها عليه نفقة الموسرين

(قال) : وإذا كان للزوج عليها دين فقال : احبسوا لها نفقتها منه كان له ذلك لأن أكثر ما في الباب أن تكون النفقة لها دينا عليه فإذا التقى الدينان تساويا قصاصا ألا ترى أن له أن يقاض بمهر فالنفقة أولى

(قال) : وإذا فرضت النفقة لها على زوجها ولها عليه شيء من مهرها فأعطاها شيئا من ذلك فقال الزوج : هو من المهر وقالت المرأة : بل هو من النفقة فالقول قول الزوج أنه من المهر وكذلك هذا في جميع قضاء الديون إذا كان من وجوه مختلفة لأنه هو المملك فالقول طوله في بيان جهة التمليك وهو المحتاج إلى تفريغ ذمته فالقول قوله في أنه تفرغ ذمته بهذا الأداء من كذا دون كذا

(قال) : وإذا اختلفا فيما وقع الصلح عليه أو الحكم به من النفقة في الجنس أو القدر فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة لأنها مدعية الزيادة فتحتاج إلى الإثبات بالبينة والزوج منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه فإن كان الذي أقر به الزوج وحلف عليه لا يكفيها بلغ بها الكفاية في المؤتنف لأن النفقة للكفاية وقد بينا أن ما قضى به القاضي أو وقع الصلح عليه إن كان لا يكفيها فلها أن تطالب بما يكفيها في المستقبل فكذلك ما أقربه الزوج (قال) : ولو أخذت المرأة من زوجها كفيلا بالنفقة كل شهر لم يكن على الكفيل إلا شهر واحد لأنه أضاف كلمة كل إلا مالا يعرف منتهاه فيتناول الأدنى كمن يقول لفلان على كل درهم

وأصله في الإجارة إذا استأجر دارا لكل شهر كان لزوم العقد في شهر واحد وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه كفيل بنفقتها ما عاشت وبقي النكاح بينهما استحسانا لما فيه من العرف الظاهر ولأن قصد المرأة التوثيق بهذا الجنس من حقها فكأن الكفيل صرح بما هو مقصودها فقال في كفالته أبدا أو ما عاشت وهناك يثبت حكم الكفالة بهذا الجنس من حقها عليه عاما فكذا هنا ولو ضمن لها نفقة سنة كان جائزا وإن لن يكن واجبا ولكن إضافة الكفالة إلى سبب الوجوب صحيح وقد حصل ذلك بتسمية المدة ولم يبين أن الزوج هل يجبر على إعطاء الكفيل بالنفقة أم لا فظاهر المذهب أنه لا يجبر على ذلك كما لا يجبر على إعطاء الكفيل بدين آخر وعن أبي يوسف - رحمه الله تعالى - أنه قال : إذا قالت المرأة إنه يريد أن يغيب ولا يترك لي نفقة أمره القاضي أن يعجل لها نفقة شهر أو يعطيها كفيلا بنفقة شهر استحسانا لأنها طلبت من القاضي أن ي نظر لها فيجيبها على ذلك لأن الحال حال النظر

(قال) : وإذا فرض القاضي لها على الزوج نفقة معلومة كل شهر فمضت أشهر لم يعطها حتى مات أو ماتت لم يؤخذ بشيء منها لأن النفقة تستحق استحقاق الصلات لا استحقاق المعاوضات على ما قررناه والصلات لا تتم إلا بالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وشبهه في الكتاب بمن وجبت عليه الجزية إذا مات لم تستوف من تركته لهذا ولأن السبب قيام الزوج عليها وتفريغها نفسها لمصالحه وقد زال ذلك قبل الاستيفاء فيسقط حقها كما إذا زال العيب قبل رد المشتري يكن له أن يرد بعد ذلك

(قال) : ولو كانت المرأة استعجلت النفقة لمدة ثم ماتت قبل مضي تلك المدة لم يكن للزوج أن يسترد من تركتها شيئا من ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - بما قلنا أنها صلة وحق الاسترداد في الصلات ينقطع بالموت كالرجوع في الهبة وعند محمد رحمه الله تعالى يترك من ذكل ذلك حصة المدة الماضية قبل

موتها ويسترد ما وراء ذلك لأنها أخذت ذلك من ماله لمقصود لم يحصل ذلك المقصود فكان له أن يسترد منها كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل أن يتزوجها

وروى ابن رستم عن محمد – رحمه الله تعالى – قال : إن كان الباقي من المدة شهرا أو دونه لم يرجع بشيء في تركتها وإن كان فوق ذلك ترك لها مقدار نفقة شهر استحسانا ويسترد من تركتها ما زاد على ذلك لأنه إنما يعطيها النفقة شهرا فشهرا عادة ففي مقدار نفقة شهر هي مستوفية حقها وفيما زاد على ذلك مستعجلة

(قال) ولو كانا حيين فاختلفا فيما مضى من المدة من وقت قضاء القاضي فالقول قول الزوج لإنكاره الزيادة وإنكاره سبق التاريخ في القضاء . والبينة بينة المرأة لإثباتها ذلك

(قال) وإذا بعث إليها بثوب فقال هو هدية وقال الزوج هو من الكسوة فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه هو المملك للثوب منها فالقول قوله في بيان جهته إلا أن تقيم المرأة البينة أنه بعث به هدية وإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج لأنه يثبت ببينته فراغ ذمته عن حقها من الكسوة أو المهر

وكذلك إن أقام كل واحد منهما البينة على إقرار الآخر بما ادعاه لأن الزوج هو المدعى للقضاء فيما عليه من الحق فمعنى الإثبات في بينته أظهر

وكذلك إن بعث بدراهم وقال هي نفقة وقالت المرأة هي هدية فالقول قوله لما بينا

(قال) وإذا أعطاها كسوة فعجلت تمزيقها أو هلكت منها لم يكن عليه أن يكسوها حتى يأتي الوقت لما بينا أن أحوال الناس تختلف في صيانة الثياب وتمزيقها فيتعذر تعليق الحكم بحقيقة تجدد الحاجة فيقام الوقت مقامه تيسيرا فما لم يأت الوقت لا تتجدد الحاجة فلا يتجدد سببا الوجوب لها فلم يكن لها أن تطالبه بشيء

(قال) وكذلك إن صانتها ولبست غيرها فإذا جاء الوقت المعلوم لها أن تطالب بالكسوة والقاضي في الإبتداء يوقت من المدة ما يتمزق فيه الثوب باللبس المعتاد فلما لم يتبين خطأه في ذلك التوقيت يجب بناء الحكم عليه ولا ينظر إلى تعجيلها التمزيق ولا إلى صيانتها فوق المعتاد

(قال) وكذلك إن أخذت نفقة شهر فلم تنفق حتى جاء الشهر الثاني وهي معها فلها أن تطالبه بنفقة الشهر الثاني بخلاف نفقة ذي الرحم المحرم فإن هناك المعتبر تحقق الحاجة

ألا ترى أنه لو كان له مال لم يستوجب النفقة على غيره والحاجة مرتفعة ببقاء المأخوذ معه بخلاف نفقة الزوجة

(قال) وإذا فرض القاضي لها النفقة على زوجها فأنفقت من مالها ولم تاخذ منه شيئا فلها ان تأخذه بما مضى من ذلك لأن نفقة الزوجة تصير دينا بقضاء القاضي أو الصلح عن التراضي وقد بيناه

(قال) إن كان هذا في ذي الرحم المحرم فأنفق على نفسه من مال آخر بعد فرض القاضي لم يكن له أن يرجع على الذي فرض له عليه بشيء لما مضى لما بينا أن المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم ذلك بمضي ذلك الوقت فلا تصير النفقة دينا وأورد في باب الزكاة من الجامع أن نفقة ذي الرحم المحرم تصير دينا بقضاء القاضي وإنما اختلف الجواب باختلاف الموضوع فوضع المسألة هنا فيما إذا استدان المنفق عليه وأنفق من ذلك فتكون الحاجة قائمة لقيام

الدين عليه وهنا وضع المسألة فيما إذا أنفق من مال له أو من صدقة تصدق بها عليه والحاجة لا تبقى بعد مضي المدة وقد قررنا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع

(قال) وإن كان الرجل غائبا وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة فإن كان القاضي يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة في ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب له

ألا ترى أن من أقر بدين ثم غاب قضى القاضي عليه بذلك لعلمه به فكذلك النفقة ولكن يشترط أن ينظر للغائب وذلك في أن يحلفها انه لم يعطها النفقة لجواز أن يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانيا

وإذا حلفت فأعطاها النفقة أخذ منها كفيلا لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على أنه كان أوفى نفقتها وهذا لأن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه

(قال) وإذا حضر الزوج وأثبت بالبينة أنه كان قد أوفاها أو أرسل إليها بشيء في حال غيبته أمرها برد ما أخذت لأنه ظهر عند القاضي أنها اخذت بغير حق وللزوجة الخيار إن شاء أخذها بذلك وإن شاء أخذ الكفيل وإن لم يكن النكاح بينهما معلوما للقاضي فأرادت إقامة البينة على الزوجية لم يقبل القاضي ذلك منها عندنا بما فيه من القضاء على الغائب بالبينة

وعن زفر – رحمه الله تعالى – أنه يسمع منها البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج وإن لم يكن للزوج مال يأمرها بالإستدانة فإن حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين وإن أنكر ذلك كلفها إعادة البينة فإن لم تعد أمرها برد ما اخذت ولم يقض لها بشيء مما استدانت على الزوج لأن في قبول البينة بهذه الصفة نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فيجيبها القاضي إلى ذلك ولكنا نقول فيه قضاء الغائب لأن دفع ماله إليها لتنفق على نفسها لا يكون إلا بعد القضاء على الزوجية

(قال) وإن أحضرت غريما للزوج أو مودعا في يده مال للزوج وهو مقر بالمال والزوجية أمره القاضي بأداء نفقتها من ذلك بخلاف دين آخر على الغائب فإن صاحب الدين إذا أحضر غريما أو مودعا للغائب لم يأمره بقضاء دينه منه وإن كان مقرا بالمال وبدينه لأن القاضي إنما يأمر في حق الغائب بما يكون نظرا وحفظا لملكه عليه وفي الإنفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه عليه وليس في قضاء الدين من ماله حفظ ملكه عليه بل فيه قضاء عليه بقول الغير فلهذا المعنى تقع الفرقة بينهما

(قال) وإن جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما أو كون المال في يده لم تقبل بينتها على شيء من ذلك أما على الدين والوديعة فلأنها تثبت الملك للغائب حتى إذا ثبت ملكه ترتب عليه حقها فيه وهي ليست بخصم في إثبات الملك للزوج في أمواله وأما إذا جحدا الزوجية فقد كان أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول :

أولا : تقبل بينتها على الزوجية لأنها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في إثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد إنسان أنه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع وقال لا تقبل بينتها على ذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – لأنها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليس بخصم عن الغائب في

إثبات النكاح عليه بالبينة والإشتغال من القاضي بالنظر يكون بعد العلم بالزوجية فإذا لم يكن ذلك معلوما له لا يشتغل بسماع البينة من غير خصم وإن لم يكن له مال حاضر لم يفرض لها النفقة بطريق الإستدانة عندنا خلافا لزفر – رحمه الله تعالى – لأن في هذا قضاء على الغائب وقد بيناه وإن كان له مال حاضر فحضور ماله بمنزلة حضوره استحسانا

(قال) ولا يبيع العروض في نفقتها أما عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فظاهر لأن الزوج لو كان حاضرا لم يبع القاضي عروضه في ذلك فإذا كان غائبا أولى وأما على قولهما إنما يبيع على الحاضر عروضه بعد ما يحجر عليه فليس له ولاية الحجر وإلزام القضاء على الغائب

(قال) وينفق عليها من غلة الدار والعبد لأن ذلك من جنس حقها ويعطيها الكسوة من الثياب إن كانت له والنفقة من طعامه إن كان له لأنه من جنس حقها ولها أن تأخذ من غير قضاء كما قال – صلى الله عليه و سلم – لهند خذي من مال أبا سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف . فلأن يقضي لها القاضي بذلك كان أولى ويأخذ منها كفيلا بجميع ذلك نظرا منه للغائب فإذا رجع الزوج وأقام البينة على وصول النفقة إليها لهذا الوقت فالكفيل ضامن لما أخذت لأنه التزم بالكفالة وإن لم يكن له بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شيء على الكفيل وإن نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمها وللزوج الخيار بين أن يأخذها بذلك أو يأخذ الكفيل لأنه كفيل بما لزمها رده من النفقة وقد ثبت ذلك بنكولها ولهذا لزم كفيلها والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) (وإذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع جائز والخلع تطليقة بائنة عندنا) وفي قول الشافعي – رحمه الله – هو فسخ وهو مروي عن ابن عباس – رضي الله عنهما – وقد روي رجوعه إلى قول عامة الصحابة – رضي الله عنهم

استدل الشافعي بقوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ﴾ (البقرة : ٢٢٩) إلى أن قال : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ (البقرة : ٢٢٩) إلى أن قال : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ (البقرة : ٢٣٠) فلو جعلنا الخلع طلاقا صارت التطليقات أربعا في سياق هذه الآية ولا يكون الطلاق أكثر من ثلاث ولأن النكاح عقد محتمل للفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ **بالتراضي** أيضا وذلك بالخلع واعتبر هذه المعاوضة المحتملة للفسخ بالبيع والشراء في جواز فسخها **بالتراضي**

(ولنا) ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود – رضي الله عنهم – موقوفا عليهم ومرفوعا إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – الخلع تطليقة بائنة

والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه

ألا ترى أنه لا يفسخ بالهلاك قبل التسليم فإن الملك الثابت به ضروري لا يظهر إلا في حق الاستيفاء وقد قررنا هذا في النكاح وبينا أن الفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الإتمام وكذلك في خيار البلوغ والعتق

---

(١) المبسوط، ٤/٩١

فأما الخلع يكون بعد تمام العقد والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازا وذلك إنما يكون بالطلاق . ألا ترى أن الرجل يقول خلعت الخف من رجلي يريد به الفصل في الحال

فأما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثالثة بعوض وبغير عوض وبهذا لا يصير الطلاق أربعا

وفائدة هذا الاختلاف أنه لو خالعها بعد تطليقتين عندنا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره

وعنده له أن يتزوجها

وإن نوى بالخلع ثلاث تطليقات فهي ثلاث لأنه بمنزلة ألفاظ الكناية وقد بينا أن نية الثلاث تسع هناك فكذلك في الخلع

وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة

وعلى قول زفر – رحمه الله تعالى – اثنتان كما في لفظ الحرمة والبينونة وكذلك كل طلاق بجعل فهو بائن لأن الزوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته أملك لنفسها ولأن غرضها من التزام البدل أن تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك إلا بوقوع البينونة فإن قال الزوج لم أعن بالخلع طلاقا وقد أخذ عليه جعلا لم يصدق في الحكم لأنه أخذ الجعل على سبيل التملك ولا يتملك ذلك إلا بوقوع الطلاق عليها فكان ذلك أدل على قصده الطلاق من حال مذاكرة الطلاق ولكن فيما بينه وبين الله تعالى يسعه أن يقيم معها لأن الله تعالى عالم بما في سره إلا أنه لا يسع المرأة أن تقيم معه لأنها لا تعرف منه إلا الظاهر كالقاضي

(قال) (والمبارأة بمنزلة الخلع في جميع ذلك) لأنه مشتق من البراءة وهو أدل على قطع الوصلة من الخلع وإذا جعل الخلع تطليقة بائنة فالمبارأة أولى وللمختلعة . والمبارأة النفقة والسكنى ما دامت في العدة هكذا نقل عن علي – رضي الله عنه – وهذا لأن النفقة لم تجب قبل مجيء وقتها فلا يتناولها الخلع والبراءة العامة وإنما ينصرف مطلق اللفظ إلى ما هو واجب

(قال) (فإن كان الزوج اشترط عليها البراءة من النفقة والسكنى فهو بريء من النفقة) لأنها أسقطت حقها ووجوب النفقة لها في العدة باعتبار حالة الفرقة حتى إذا كانت ممن لا تستحق النفقة عند ذلك لا تستحقه من بعد فيصح إسقاطها ولكن في ضمن الخلع تبعا له حتى لو أسقطت نفقتها بعد الخلع بإبراء الزوج عنها لا يصح ذلك لأنها مقصودة بالإسقاط فلا يكون إلا بعد وجوبها وهي تجب شيئا فشيئا بحسب المدة ولا يصح إبراؤها عن السكنى في الخلع لأن خروجها من بيت الزوج معصية قالوا ولو أبرأته عن مؤنة السكنى بأن سكنت في بيت نفسها أو التزمت مؤنة السكنى من مالها صح ذلك مشروطا في الخلع لأنه خالص حقها

(قال) (والخلع جائز عند السلطان وغيره) لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج ولاية إيقاع الطلاق ولها ولاية التزام العوض فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد

(قال) (وإن قال لامرأته قد خالعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف درهم فالقبول إليها في مجلسها) والحاصل أن إيجاب الخلع من الزوج في المعنى تعليق الطلاق بشرط قبولها لأن العوض الذي من جانبه في هذا العقد طلاق وهو محتمل للتعليق بالشرط ولهذا لا يبطل بقيامه عن المجلس ويصح منه

وإن كانت غائبة حتى إذا بلغها فقبلت في مجلسها تم وإن قامت من مجلسها قبل أن تقبل بطل ذلك بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الأمر منها لأنها تقدر على المشيئة في مجلسها فيبطل بقيامها فكذلك تقدر على القبول قبل ذلك والذي من جانبها في الخلع التزام المال فيكون بمنزلة البيع والشراء لا يحتمل التعليق بالشرط حتى إذا بدأت فقالت اخلعني أو بارئني أو طلقني بألف درهم فإنه يبطل بقيامها عن المجلس قبل قبول الزوج وكذلك بقيام الزوج عن المجلس قبل القبول كما يبطل ايجاب البيع بقيام أحدهما عن المجلس قبل قبول الآخر وكذلك إن كان الزوج غائبا حين قالت هذه المقالة لا تتوقف على قبوله إذا بلغه كما لا يتوقف إيجاب البيع على قبول المشتري إذا كان غائبا

(قال) (فإن قالت طلقني ثلاثا بألف درهم فطلقها واحدة فله ثلث الألف) لأن حرف الباء يصحب الأبدال والأعواض والعوض ينقسم على المعوض فهي لما التمست الثلث بألف فقد جعلت بإزاء كل تطليقة ثلث الألف ثم فيما صنع الزوج منفعة لها لأنها رضيت بوجوب جميع الألف عليها بمقابلة التخلص من زوجها فتكون أرضى بوجوب ثلث الألف عليها إذا تخلصت من زوجها وبالواحدة تتخلص منه وهذا بخلاف ما لو كان الزوج قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت واحدة لم يقع شيء لأنه لو وقعت الواحدة لوقعت بثلث الألف والزوج ما رضي بزوال ملكه عنها ما لم يجب عليها جميع الألف

وبخلاف ما لو قال طالق هذه وهذه بألف فقبلت إحداهما وقع الطلاق عليها بنصف الألف لأن الزوج هناك راض بوقوع الفرقة بينه وبين إحداهما إذا وجبت عليها حصتها من المال فإن نكاح إحداهما لا يتصل بنكاح الأخرى

(قال) (ولو طلقها ثلاثا في كلام متفرق في مجلس واحد في القياس يلزمها ثلث الألف) لأنها بانت بالأولى فلزمها ثلث الألف فهو بإيقاع الثانية والثالثة بعد ذلك لا يستوجب عليها عوضا آخر وفي الاستحسان يقع عليها ثلاث تطليقات بجميع الألف لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد فكأنه أوقع الثلاث عليها بكلام واحد فيلزمها جميع الألف

(قال) (ولو كانت قالت له طلقني ثلاثا على ألف درهم أو على أن لك علي ألف درهم فطلقها واحدة قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - تقع تطليقة رجعية وليس عليها شيء من الألف وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - يقع عليها تطليقة بائنة بثلث الألف) وحجتهما في ذلك أن الخلع من عقود المعاوضات وحرف على في المعاوضات كحرف الباء . ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول بعت منك هذا المتاع بدرهم أو على درهم

وكذلك لا فرق بين أن يقول احمل هذا المتاع إلى موضع كذا بدرهم أو على درهم فإذا كان عند حرف الباء تتوزع الألف على التطليقات الثلاث فكذلك عند ذكر حرف على يدل عليه أنها لو قالت طلقني وفلانة على ألف درهم فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء فكذلك هنا

وهذا بخلاف ما قال في السير الكبير إذا صالح الإمام أهل حصن على أن يؤمنهم ثلاث سنين على ألف درهم ثم بدا له بعد مضي السنة أن ينبذ إليهم يلزمه رد جميع المال ولو كان الصلح بحرف الباء يلزمه رد ثلثي المال لأن إعطاء الأمان ليس بعقد معاوضة وحرف على للشرط فجعله بمنزلة الباء مجاز يصار إليه لدلالة المعاوضة ولأن غرضهم لا يحصل هناك فمقصودهم أن يتحصنوا في هذه المدة ولا يتمكنوا من ذلك في بعض المدة فلهذا حملنا حرف على على الشرط وهنا مقصودها يحصل بإيقاع الواحدة فكان محمولا على المعاوضة بمنزلة حرف الباء

وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول : حرف على للشرط حقيقة لأنه حرف الالتزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معنى الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط فلا حاجة إلى العدول من الحقيقة إلى المجاز فإذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزء فجزء فإنما شرطت لوجوب المال عليها إيقاع الثلاث

فإذا لم يوقع لا يجب شيء من المال ولأن لها في ذلك غرضا صحيحا وهو حصول البينونة الغليظة حتى لا تصير في وثاق نكاحه وإن أكرهها على ذلك فاعتبرنا معنى الشرط في ذلك ليحصل مقصودها كما في مسألة الأمان وكما أن المال في الأمان نادر فكذلك في الطلاق الغالب فيه الإيقاع بغير بدل وبهذا فارق البيع والإجارة لأن معنى الشرط هناك تعذر اعتباره فإنه لا يحتمل التعليق بالشرط فلهذا جعلنا حرف على بمعنى حرف الباء والدليل على أن حرف على للشرط قوله تعالى : ﴿ إني رسول من رب العالمين حقيق على أن لا أقول على الله إلا الحق ﴾ (الأعراف : ١٠٥) أي بشرط أن لا أقول وقال الله تعالى : ﴿ يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ﴾ (الممتحنة : ١٢) أي بشرط أن لا يشركن وهذا بخلاف قوله طلقني وفلانة على كذا لأنه لا غرض لها في طلاق فلانة لتجعل ذلك كالشرط منها ولها في اشتراط إيقاع الثلاث غرض صحيح كما بينا وإن طلقها ثلاثا في هذه المسألة متفرقات في مجلس واحد فالألف لازمة عليها في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - قياسا واستحسانا لأن شيئا من البدل لم يجب بإيقاع الأولى والثانية والمجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة وعندهما على القياس والاستحسان الذي بينا في حرف الباء

(قال) (وإذا طلق الرجل امرأته وهي في العدة بعد الخلع على جعل وقع الطلاق ولم يثبت الجعل وكذلك البائنة بعد الخلع) يعني إذا قال لها أنت بائن ثم طلقها على جعل في العدة لأنها باعتبار قيام العدة محل للطلاق والطلاق يجعل تعليقا من الزوج بشرط القبول وقد قبلت ولا يجب عليها الجعل لأن وجوب الجعل عليها باعتبار زوال ملك الزوج عنها وذلك لا يحصل بعد البينونة ولكن امتناع وجوب المقبول لا يمنع صحة القبول في حكم وقوع الطلاق كما لو خالعها ببدل فاسد كالخمر والخنزير

(قال) (وإن قال لها بعد البينونة خلعتك ينوي به الطلاق لم يقع) لأن هذا اللفظ بمنزلة لفظ البينونة والحرمة وقد بينا أن ذلك لا يعمل في العدة بعد الفرقة فكذلك لفظ الخلع ألا ترى أن الواقع بلفظ الخلع يكون بائنا وإن لم يذكر البدل بمقابلته بخلاف الواقع بلفظ الطلاق

ولو قال كل امرأة لي طالق لم تطلق هذه المبانة إلا أن يعنيها فإن عناها طلقت لأنه أوقع بهذا اللفظ على كل امرأة هي مضافة إليه مطلقا وهي المنكوحة فإنها تضاف إليه ملكا ويدا فأما المبانة تضاف إليه يدا لا ملكا فكانت مقيدة

فلا تدخل تحت المطلق . إلا أن يعنيها كما لو قال كل مملوك لي فهو حر لا يدخل المكاتب فيه إلا أن يعنيه ولا يقع شيء من الطلاق بعد انقضاء العدة لأنه ليس له عليها ملك ولا يد وبدونهما لا تكون محلا لإضافة الطلاق إليها لأن الإيقاع تصرف منه على المحل فيستدعي ولايته على المحل

(قال) (وإن طلقها على جعل بعد الطلاق الرجعي جاز ولزمه الجعل) لأن زوال الملك لا يحصل بهذا الطلاق لأن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح فإنه يعتاض عن ملك قائم له فيصح كما قبل الطلاق الرجعي

(قال) (وخلع السكران وطلاقه وعتاقه واقع عندنا) وفي أحد قولي الشافعي - رحمه الله تعالى - لا يقع وهو اختيار الكرخي والطحاوي وقد نقل ذلك عن عثمان وهذا لأنه ليس للسكران قصد صحيح والإيقاع يعتمد القصد الصحيح ولهذا لا يصح من الصبي والمجنون

ألا ترى أنه لو سكر من شرب البنج لم يقع طلاقه فكذلك إذا سكر من النبيذ ولأن غفلته عن نفسه فوق غفلة النائم فإن النائم ينتبه إذا نبه والسكران لا ينتبه ثم طلاق النائم لا يقع فطلاق السكران أولى ولا معنى لقول من يقول غفلته هنا بسبب المعصية وذلك سبب للتشديد عليه لا للتخفيف فإن السكران لو ارتد لم تصح ردته بالإتفاق ولا تقع الفرقة بينه وبين امرأته ولو اعتبر هذا المعنى لحكم بصحة ردته

وحجتنا ما روينا كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه ولأن السكران مخاطب فإذا صادف تصرفه محله نفذ كالصاحي ودليل الوصف قوله تعالى : ﴿ لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ﴾ (النساء : ٤٣) فإن كان خطابا له في حال سكره فهو نص وإن كان خطابا له قبل سكره فهو دليل على أنه مخاطب في حال سكره لأنه لا يقال إذا جننت فلا تفعل كذا وهذا لأن الخطاب إنما يتوجه باعتدال الحال ولكنه أمر باطن لا يوقف على حقيقته فيقام السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيرا وبالسكر لا ينعدم هذا المعنى فإذا ثبت أنه مخاطب قلنا غفلته عن نفسه لما كانت بسبب هو معصية ولا يستحق به التخفيف لم يكن ذلك عذرا في المنع من نفوذ شيء من تصرفاته بعد ما تقرر سببه لأن بالسكر لا يزول عقله إنما يعجز عن استعماله لغلبة السرور عليه بخلاف البنج فإن غفلته ليست بسبب هو معصية وما يعتريه نوع مرض لا أن يكون سكرا حقيقة فيكون بمنزلة الإغماء وبخلاف النائم لأن النوم يمنعه من العمل فلانعدام الإيقاع نقول إنه لا يقع والسكر لا يمنعه من العمل مع أن الغفلة بسبب النوم لم تكن عن معصية وهذا بخلاف الردة فإن الركن فيها الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب

(قال) (خلع المكره وطلاقه وعتاقه جائز عندنا) وهو باطل عند الشافعي - رحمه الله تعالى - فتأثير الإكراه عنده في إلغاء عبارة المكره كتأثير الصبي والجنون

وعندنا تأثير الإكراه في انعدام الرضا لا في اهدار القول حتى تنعقد تصرفات المكره ولكن ما يعتمد لزومه تمام الرضا كالبيع والشراء لا يلزم منه وما لا يعتمد تمام الرضا كالنكاح والطلاق والعتاق يلزم منه

وحجته في ذلك قوله صلى الله عليه و سلم - (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) فهذا يقتضي أن عين ما أكره عليه فحكمه وإثمه يكون مرفوعا عنه

والمعنى فيه أن هذه فرقة يعتمد سببها القول فلا تصح من المكره كالردة وتأثيره أن القول إنما يعتبر شرعا إذا صدر عن قصد صحيح وبسبب الإكراه ينعدم ذلك القصد لأن المكره يقصد دفع الشر عن نفسه لا عين ما تكلم به وهو مضطر إلى هذا القصد والاختيار أيضا فيفسد قصده شرعا

ألا ترى أنه لو أكره على الإقرار بالطلاق كان إقراره لغوا لهذا يقرره أن تأثير الإكراه المبيح للاقدام في جعل المكره آلة للمكره وإعدام الفعل من المكره كما في الإكراه على إتلاف المال فيجعل المكره آلة ويصير كأن المكره هو الذي تكلم بالإيقاع فيكون لغوا

ألا ترى أن حق إبقاء قدر الملك على المكره جعل كالآلة حتى يكون المكره ضامنا قيمة عبده عندكم إذا أكرهه على أن يعتقه ويكون ضامنا نصف الصداق إذا أكرهه على الطلاق قبل الدخول فكذلك في إبقاء عين الملك عليه يجعل آلة له

وحجتنا في ذلك ما روي أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته فقالت لتطلقني ثلاثا أو لأذبحنك فناشدها الله تعالى فأبت فطلقها ثلاثا ثم جاء إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فسأله عن ذلك ؟ فقال – صلى الله عليه و سلم – : (لا قيلولة في الطلاق)

واستكثر محمد من الاستدلال بالآثار في أول كتاب الإكراه حتى روي عن عمر – رضي الله عنه – قال أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد يد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة . والمعنى فيه أنه مكلف أوقع الطلاق في محله فيقع كالطائع

وتفسير الوصف أن الإكراه لا يزيل الخطاب أما في غير ما أكره عليه فلا إشكال وفيما أكره عليه كذلك حتى تنوع عليه أفعاله فتارة يباح له الإقدام وتارة يفترض عليه كشرب الخمر وتارة يحرم عليه كالقتل والزنا وذلك لا يكون إلا باعتبار الخطاب وتأثيره أن انعقاد التصرف بوجود ركنه ومحله ولا ينعدم بسبب الإكراه ذلك إنما ينعدم الرضا به والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق . ألا ترى أن الرضا باشتراط الخيار ينعدم ولا يمنع لزوم الطلاق فكذلك الإكراه

وبسبب الإكراه لا ينعدم القصد الصحيح فإن المكره يقصد ما باشره ولكن لغيره وهو دفع الشر عن نفسه لا لعينه فهو كالهازل يكون قاصدا التكلم بالطلاق ولكن للعبث لا لعينه ثم الهزل لا يمنع وقوع الطلاق فكذلك الإكراه وللمكره اختيار صحيح لأنه عرف الشرين فاختار أهونهما وهذا دليل صحة اختياره إلا أنه لا يحكم بصحة ردته لأنها تنبني على الاعتقاد وهو غير معتقد وفيما يخبر به عن اعتقاده مكره فذلك دليل ظاهر على أنه غير معتقد بخلاف الهازل فإنه مستخف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وبخلاف الإقرار بالطلاق فإنه خبر متمثل بين الصدق والكذب وقيام السبب على رأسه دليل على أنه كاذب والمخبر به إذا كان كذبا فالإخبار عنه لا يصير صدقا ولا معنى لجعل المكره آلة للمكره هنا لأنه إنما يجعل بالإكراه آلة فيما يصلح أن يكون فيه آلة لغيره دون ما لا يصلح أن يكون كذلك وفي التكلم لا يصلح أن يكون آلة لغيره إذ ل ا يتحقق تكلم المرء بلسان غيره فبقي مقصورا عليه ولكن في حكم الإتلاف يصلح أن يكون آلة لغيره فلهذا كان الضمان على المكره مع أن الخلاف ثابت في الإكراه بالحبس وهذا النوع من الإكراه لا يجعل المكره

آلة للمكره والمراد بالحديث رفع الإثم عن المكره لا رفع العين والحكم . ألا ترى أنه لو أكره أن يجامع أم امرأته وجب عليه الغسل وحرمت عليه امرأته بذلك

(قال) (وخلع الصبي وطلاقه باطل) لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره وهذا لما بينا أن اعتبار القصد ينبني على الخطاب والخطاب ينبني على اعتدال الحال وكذلك فعل أبيه عليه في الطلاق باطل لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقق الحاجة إليه وذلك لا يتحقق في الطلاق والعتاق

(قال) (والمعتوه والمغمى عليه من مرض بمنزلة الصبي في ذلك) لانعدام القصد الصحيح منهما

(قال) (وإذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها) لأن الزوج من أهل الإيقاع وإيجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كما لو قال لها إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت ولكن لا يلزمها المال لأن التزام المال من الصبية لا يصح خصوصا فيما لا منفعة لها فيه كالإلتزام بالإقرار والكفالة وقد بينا أن وقوع الطلاق يعتمد القبول لا وجود المقبول

وكذلك الأمة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن المولى فالطلاق واقع عليها ولا تؤاخذ بالمال إلا بعد العتق لأنها مخاطبة يصح التزامها في حق نفسها دون المولى فتؤاخذ به بعد العتق كما لو التزمت بالإقرار والكفالة

وإن فعلته بإذن المولى سعت فيه لأن التزامها المال بإذن المولى صحيح في حق المولى فتؤاخذ به في الحال

والمدبرة وأم الولد في ذلك سواء كالأمة إلا أنها لا تحتمل البيع فتؤدي البدل من كسبها إذا التزمت بإذن المولى فأما المكاتبة لا تؤاخذ ببدل الخلع إلا بعد العتق سواء اختلعت بإذن المولى أو بغير إذنه لأن إذن المولى غير معتبر في إلزام المال إياها . ألا ترى أن المولى لا يملك أن يلزمها المال ولا تأثير للكتابة في فك الحجر عن التزام المال بسبب الخلع فلهذا تؤاخذ به بعد العتق

(قال) (وإذا وكل أحد الزوجين صبيا أو معتوها أو مملوكا بالقيام مقامه بالخلع والاختلاع جاز ذلك) لأن الوكيل بهذا العقد سفير معبر عن الموكل ولهؤلاء عبارة معتبرة حتى ينفذ تصرفهم بإذن المولى فينفذ العقد بعبارتهم أيضا

(قال) (وإذا خلع الرجل ابنته الصغيرة من زوجها على صداقها ولم يدخل بها فإن لم يضمن الأب فهو باطل) لأنه ليس له ولاية إلزام المال إياها بهذا السبب إذ لا منفعة لها فيه ولا يدخل في ملكها بمقابلته شيء بخلاف ما لو زوج ابنه الصغير بماله فإن ذلك العقد من مصالحه ويدخل في ملكه شيء متقوم بإزاء ما يلزمه من المال فإن ضمن الأب المال جاز الخلع لأن الزوج ينفرد بالإيقاع واشتراط القبول في الخلع لأجل المال

فإذا كان الأب هو الملتزم للمال بضمانه يتم الخلع كما لو خالع امرأته مع أجنبي على مال وضمن الأجنبي من أصحابنا من يقول :

تأويل هذه المسألة إذا خالعها على مال مثل الصداق فأما إذا خالعها على الصداق ينبغي أن لا يصح لأنه عين ملكها وليس للأب ولاية اخراج عين عن ملكها بغير عوض ولا معتبر بضمانة في ذلك

ولكنا نقول : وإن سمى الصداق في الخلع فإنما يتناول العقد مثله فضمان الأب إياه صحيح وإسقاطه حقها في نصف الصداق باطل فيغرم الزوج لها نصف الصداق كما لو طلقها قبل الدخول ويرجع الزوج على الأب بما يضمن من ذلك لأنه قد ضمن للزوج

وإن كان قد دخل بها فلها أن ترجع بجميع مهرها على الزوج لأن حقها في جميع المهر تأكد بالدخول فلا يملك الأب إبطال حقها عن شيء منه ولكنها ترجع بالصداق على الزوج والزوج على الأب بحكم الضمان أو ترجع على الأب بجميع الصداق هنا وبنصف الصداق في الأول لأن الأب يصير كالمعاوض مع الزوج بما ضمنه للزوج مما لها عليه

(قال) (ولو كانت كبيرة فإن كان خلع الأب بإذن البنت جاز ذلك عليها وإن كان بغير إذنها وقد ضمن الأب للزوج فالخلع جائز وترجع هي بالصداق على زوجها ثم الزوج على الأب بحكم ضمانه) لأنه ليس له ولاية المعاوضة في مالها

(قال) (وكل خلع كان بجعل فامتنع وجوب الجعل) إما لفساده كالخمر أو لأن الملتزم لم يكن من أهله كالصغيرة فالواقع به طلاق بائن لأن لفظ الخلع ليس بصريح في الطلاق ولكنه يشبه الفرقة كالبينونة والحرمة وكل تطليقة أو تطليقتين بجعل أبطلت الجعل وأمضيت فيه الطلاق فالطلاق رجعي إذا كان قد دخل بها لأن الوقوع بصريح لفظ الطلاق فلا يوجب البينونة إلا بعوض ولم يجب العوض

(قال) (ولو خلع ابنته الكبيرة بصداقها وضمنه للزوج فبلغها فأجازت لم يضمن الأب شيئا) لأن إجازتها في الانتهاء كإذنها في الابتداء وكذلك لو خلعها بالنفقة وضمنها له بغير أمرها فإن أجازت فلا شيء على الأب وإن أبت فلها أن تتبع الزوج بالنفقة لأنها حقها كالصداق فلا يعمل إسقاط الأب لحقها ويرجع الزوج على الأب بما ضمن له من ذلك وكذلك لو فعل هذا غير الأب من الأقارب والأجانب لأنه لا ولاية للأب عليها في هذا التصرف فهو والأجنبي فيه سواء

(قال) (وإذا اختلعت بمال ودفعته إليه ثم أقامت البينة أنه طلقها ثلاثا قبل الخلع كان لها أن ترجع عليه بالمال) لأنه تبين بهذا أن البينونة لم تحصل بما التزمت من المال فلا يكون التزامها صحيحا وإقدامها على الخلع لا يمنعها من إقامة هذه البينة لأن دعواها في قبول البينة على الطلاق ليس بشرط فالتناقض منها لا يمنع قبول البينة وكذلك لو أقامت البينة على حرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة

(قال) (وإذا قالت المرأة اخلعني ولك ألف درهم أو قالت طلقني ولك ألف درهم ففعل وقع الطلاق ولم يجب المال عليها عند أبي حنيفة) وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يجب المال لوجهين أحدهما أن الواو وإن كان للعطف حقيقة فقد يستعمل بمعنى الباء مجازا كما في القسم فإن قوله والله كقوله بالله فقولها ولك ألف بمنزلة قولها طلقني بألف أو بعني طلاقي بألف وإنما حملناه على هذا المجاز لمعنى المعاوضة لأن الخلع معاوضة وفي المعاوضات لا يعطف أحد العوضين على الآخر إنما يلصق أحدهما بالآخر . ألا ترى أنه لو قال : احمل هذا المتاع إلى بيتي ولك درهم كان هذا وقوله : احمله بدرهم سواء حتى يجب المال إذا حمله ولأن هذا الواو بمعنى واو الحال كقول المولى لعبده اد إلي ألفا وأنت حر وقول الغازي للمحصور افتح الباب وأنت آمن . وقد بينا فيما سبق أن الواو قد

تكون للحال كما في قوله أنت طالق وأنت مريضة وإذا كانت للحال كانت هي ملتزمة المال له حال إيقاع الطلاق عليها وذلك لا يكون إلا عوضا

وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول : الواو للعطف حقيقة والحمل على الحقيقة واجب حتى يقوم الدليل على المجاز وباعتبار العطف تبين أن الألف ليس بعوض عن الطلاق ولا وجه لحملها على الباء أو واو الحال لمعنى المعاوضة لأن المال في الطلاق نادر والمعتاد فيه الإيقاع بغير عوض بخلاف الإجارة فالعوض فيه أصل لا تصح الإجارة بدونه وبخلاف قوله أد إلي ألفا وأنت حر لأن أول كلامه هناك غير مفيد شرعا إلا بآخره فإنه يصير به تعليقا للعتق بأداء المال وهنا أول الكلام إن صدر من الزوج بأن قال : أنت طالق وعليك ألف درهم كان ايقاعا مفيدا بدون آخره فلا حاجة إلى أن يحمله على الحال وإن صدر منها فهو التماس مفيد أيضا فلهذا لا يحمل على واو الحال بل هو بمعنى العطف فمعناه ولك ألف درهم في بيتك أو بمعنى الابتداء فيكون وعدا منها إياه بالمال والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم ولأن أدنى ما يكون في الباب أن يكون حرف الواو محتملا لجميع ما ذكرنا فالمال بالشك لا يجب

(قال) (وإذا قالت طلقني ولك ألف درهم فقال أنت طالق على هذه الألف التي سميت فعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – الطلاق واقع والمال عليها قبلت أو لم تقبل) لأنها بالكلام الأول ملتزمة للمال عندهما فبقي

وعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – بالكلام الأول لم تكن ملتزمة للمال فبقي إيقاع الزوج عليها بمال ابتداء فإن قبلت وقع الطلاق ولزمها المال وإن لم تقبل لا يقع عليها شيء

ولو قالت طلقني ثلاثا على أن لك علي ألف درهم فطلقها ثلاثا لزمها المال لأنها صرحت بحرف على وهو لالتزام المال ولو كان طلقها اثنتين قبل هذا فقالت طلقني ثلاثا على أن لك ألفا فطلقها واحدة لزمها الألف لأن الألف بإزاء ما يصح فيه التماسها من الزوج وذلك إيقاع ما ليس بواقع وهي التطليقة الثالثة فأما إيقاع ما هو واقع لا يتحقق فكان تكلمها به لغوا غير معتد به ولأنها التزمت المال لحصول البينونة الغليظة لها وقد تم ذلك بإيقاع الثالثة

(قال) (وإذا قال الرجل طلقتك أمس بألف درهم أو على ألف درهم فلم تقبلي وقالت قد قبلت فالقول قول الزوج مع يمينه) لأن إيجاب الطلاق بمال تعليق بقبولها فالزوج أقر بالتعليق وأنكر وجود الشرط فكان القول قوله كما لو علق بدخولها فقالت قد دخلت وأنكر الزوج ذلك وهذا بخلاف البيع إذ قال قد بعت منك هذا العبد أمس بألف درهم فلم تقبل وقال المشتري قد قبلت فالقول قول المشتري لأن البيع عقد معاوضة لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول فاقراره بالبيع يكون إقرارا بقبول المشتري فلا يعمل رجوعه عن الإقرار بعد ذلك فأما ايجاب الطلاق بمال يكون تصرفا عند الايقاع وهو التعليق بمنزلة اليمين ولهذا لا يبطل بقيامه قبل قبولها فلم يكن هو مقرا بالإيقاع أصلا فجعلنا القول قوله مع يمينه لهذا

(قال) (وإذا قال لها قد طلقتك واحدة بألف درهم وقبلت وقالت هي إنما سألتك أن تطلقني ثلاثا بألف درهم وإنما طلقتني واحدة فإنما لك ثلث الألف فالقول قولها مع يمينها) لأنهما اتفقا على وقوع الواحدة عليها وإنما تنازعا في المال فهو يدعي الزيادة عليها وهي تنكر فالقول قولها وكذلك لو قالت سألتك أن تطلقني بمائة درهم وقال الزوج بل

بألف فالقول قولها لما بينا أن الاختلاف في مقدار المال الواجب عليها فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج لأنه يثبت الزيادة ببينته في حقه والبينة للإثبات فتترجح بالزيادة فيه وكذلك لو قالت خلعتني بغير شيء وقال الزوج بل بألف فالقول قولها والبينة بينة الزوج لما قلنا

(قال) (وإذا اتفقا على أنها سألت أن يطلقها ثلاثا بألف درهم فقالت : طلقتني واحدة وقال الزوج : طلقتك ثلاثا فالقول قول الزوج إن كان في ذلك المجلس) لأنه أخبر بما يملك إنشاءه وقد بينا أنه لو طلقها ثلاثا متفرقات في المجلس يلزمها الألف فلا تتمكن التهمة في خبره

(قال) (ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق حصلت له جميع الألف فإن كانا قد افترقا من ذلك المجلس لزمها الطلاق إن كانت في العدة) لإقرار الزوج بوقوع الطلاق عليها وهو مالك للإيقاع ولا يكون عليها إلا ثلث الألف لأنه في حق المال متهم في خبره فإنه يخبر بما يملك إنشاءه فكان القول قولها مع يمينها وعليه إثبات الزيادة بالبينة

(قال) (وإذا قالت المرأة سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقتني واحدة ولا شيء لك وقال هو بل سألتني واحدة على ألف وقد طلقتكها فالقول في ذلك قول المرأة عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ولا شيء عليها) لأنها تنكر وجوب المال بناء على ما تقدم وإذا قالت طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة لا يجب عليها شيء عند أبي حنيفة - رحمه الله

وإن قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا بألف درهم فلم تطلقني في ذلك المجلس وقال الزوج قد طلقتك ثلاثا في ذلك المجلس فالثلاث واقعات عليها لإقرار الزوج بها والقول في المال قولها مع يمينها إما لإنكارها وجوب المال أو لإنكارها الزيادة على الثلاث إن أقرت أنه طلقها واحدة في ذلك المجلس

وإن قالت سألتك أن تطلقني أنا وصاحبتي فلانة على ألف درهم فطلقتني وحدي وقال الزوج طلقتها معك وقد افترقا من ذلك المجلس فالقول قول المرأة وعليها حصتها من الألف لأن الاختلاف بينهما في مقدار ما عليها من المال والزوج مخبر بما لا يملك إنشاءه في حق المال ولكن الطلاق واقع على الأخرى بإقرار الزوج لأنه ينفرد بالإيقاع عليها وكذلك إن قالت لم تطلقني ولا صاحبتي في ذلك المجلس فالقول قولها مع يمينها لإنكارها أصل المال وعلى الزوج أن يثبت المال بالبينة ولكن الطلاق واقع عليها بإقرار الزوج

(قال) (وإذا خلع الرجل امرأتيه على ألف درهم فإن الألف تنقسم على مهريهما الذي تزوجهما عليهما) لأنه سمى الألف بمقابلة شيئين ومقتضى هذه التسمية الإنقسام باعتبار القيمة كما لو اشترى عبدين بألف درهم إلا أن البضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم فوجب المصير إلى أقرب الأشياء إليه وذلك المهر الذي تزوجها عليه . ألا ترى أن في الكتابة الفاسدة على العبد قيمة نفسه بعد ما يعتق لأن ما هو المعقود عليه هو ملك اليد والمكاسب ليست بمتقومة فيصار إلى قيمة أقرب الأشياء إليه وهو الرقبة ثم الأصل في الخلع إن النشوز إذا كان من الزوج فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا بإزاء الطلاق لقوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ﴾ (النساء : ٢٠) إلى أن قال : ﴿ فلا تأخذوا منه شيئا ﴾ (النساء : ٢٠) وإن كان النشوز من قبلها فله أن يأخذ منها بالخلع مقدار ما ساق إليها من

الصداق لقوله تعالى : } فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ (البقرة : ٢٢٩) ولو أراد أن يأخذ منها زيادة على ما ساق إليها فذلك مكروه في رواية الطلاق

وفي الجامع الصغير يقول لا بأس بذلك وجه هذه الرواية :

ما روي أن جميلة بنت سلول – رحمها الله تعالى – كانت تحت ثابت بن قيس – رحمه الله تعالى – فجاءت إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقالت لا أعيب على ثابت بن قيس في دين ولا خلق ولكني أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضي إياه فقال صلى الله عليه و سلم : (أتردين عليه حديقته) فقالت نعم وزيادة فقال صلوات الله عليه وسلم أما الزيادة فلا

وروي أنه قال لثابت أخلعها بالحديقة ولا تزدد ولأنه لا يملكها شيئا إنما يرفع العقد فيحل له أن يأخذ منها قدر ما ساق إليها بالعقد ولا يحل له الزيادة على ذلك

ووجه رواية الجامع الصغير : ما روي أن امرأة ناشزة أتى بها عمر – رضي الله عنه – فحبسها في مزبلة ثلاثة أيام ثم دعاها وقال كيف وجدت مبيتك فقالت ما مضت علي ليال هن أقر لعيني من هذه الليالي لأني لم أره فقال عمر – رضي الله عنه – وهل يكون النشوز إلا هكذا إخلعها ولو بقرطها

وعن ابن عمر – رضي الله عنه – أن مولاة اختلعت بكل شيء لها فلم يعب ذلك عليها

وعن ابن عباس – رضي الله عنه – لو اختلعت بكل شيء لأجزت ذلك وهذا لأن جواز أخذ المال هنا بطريق الزجر لها عن النشوز ولهذا لا يحل إذا كان النشوز من الزوج وهذا لا يختص بما ساق إليها من المهر دون غيره فأما في الحكم الخلع صحيح والمال واجب في جميع الفصول عندنا وعند نفاة القياس لا يجب المال إذا كان النشوز من الزوج ولا تجب الزيادة إذا كان النشوز منها لقوله تعالى : ﴿ ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ﴾ (البقرة : ٢٢٩) إلى أن قال : ﴿ تلك حدود الله فلا تعتدوها ﴾ (البقرة : ٢٢٩) وقال ابن جريج يعني في الزيادة والاعتداء يكون ظلما والمال لا يجب بالظلم ولكنا نستدل بما روينا من الآثار . وتأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب أصل المال

(قال) (وإذا قالت المرأة لزوجها إن طلقتني ثلاثا فلك علي ألف درهم فقال نعم سأطلقك فلا شيء له حتى يفعل) لأنها التزمت المال بمقابلة الإيقاع دون الوعد فإن فعل ذلك في المجلس فله الألف وإن لم يفعل في المجلس فلا شيء له والطلاق واقع لأن الذي من جهتها التزام المال بمنزلة إيجاب البيع لا يتوقف على ما وراء المجلس ولكن يبطل بالقيام عن المجلس قبل الإيقاع فإذا أوقع الطلاق بعد ذلك مطلقا وقع الطلاق لأن الزوج ينفرد به وكلامها وإن كان شرطا في الصورة ففي المعنى التزام العوض لأن التزام المال لا يحتمل التعليق بالشرط فهو نظير قوله إن عملت لي هذا العمل فلك علي ألف درهم يكون التزاما للعوض بطريق الإجارة

(قال) (ولو قال لها أنت طالق ثلاثا إذا أعطيتني ألفا أو متى أعطيتني ألفا فهي امرأته على حالها حتى تعطيه ذلك) لأنه علق الطلاق بشرط إعطاء المال فلا يقع بدونه ومتى أعطته في المجلس أو بعده فالطلاق واقع عليها لأن إذا ومتى للوقت فمعنى قوله : إذا أعطيتني في الوقت الذي تعطينني وليس للزوج أن يمتنع منه إذا أتته به لا أنه يجبر على القبول ولكن إذا وضعته بين يديه طلقت وهو استحسان

وفي القياس لا تطلق حتى يقبله الزوج وهو قول زفر - رحمه الله تعالى - وأصله في العتاق إذا قال لعبده إذا أديت إلي ألفا فأنت حر وجه القياس : أن الحالف لا يجبر على إيجاد الشرط

ووجه الاستحسان أن كلامه تعليق بالشرط صورة وإيجاب للطلاق بعوض معنى حتى إذا قبل المال كان الواقع بائنا ولو وجده زيوفا كان له أن يرد ويستبدل وهذا حكم المعاوضة والملتزم للعوض إذا خلى بين صاحبه وبين المال يصير قابضا فباعتبار الشرط قلنا لا حاجة إلى قبولها في المجلس وباعتبار المعاوضة قلنا إذا وضعت المال بين يديه وليس لها أن ترجع بشيء منه لأنها أدت المال عوضا عن الطلاق وقد سلم لها

(قال) (ولو كان قال لها إن جئتني بألف درهم فأنت طالق فإن جاءت به في ذلك المجلس وقع الطلاق وإن تفرقا قبل أن تأتيه به بطل هذا القول) لأن كلام الزوج تعليق بالشرط فيتم به من غير حاجة إلى قبولها ولكنها تتمكن من أداء المال في المجلس فقيامها قبل الأداء يكون مبطلا بمنزلة قوله إن شئت فأنت طالق وهما سواء في المعنى إلا أن ذلك تمليك الأمر منها بغير عوض وهذا تمليك الأمر منها بعوض فكما يبطل هناك بقيامها عن المجلس قبل المشيئة يبطل هنا بقيامها قبل الأداء

(قال) (وإن قال لها أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم أو على ألف درهم فهو سواء فإن قبلت في ذلك المجلس وقع الطلاق عليها والمال دين عليها تؤخذ به) لأن كلام الزوج إيجاب للطلاق بجعل وليس بتعليق بشرط الإعطاء بمنزلة من يقول لغيره بعت منك هذا العبد على ألف درهم أو على أن تعطيني ألف درهم يكون إيجابا لا تعليقا فإذا وجد القبول في المجلس وقع الطلاق ووجب المال عليها بخلاف قوله إن جئتني أو إذا أعطيتني فإن هناك قد صرح بالتعليق بالشرط فما لم يوجد الشرط لا يقع الطلاق

والدليل على الفرق أن هناك لو كان لها على الزوج ألف فاتفقا على جعل الألف قصاصا بما عليه لا يقع الطلاق وهنا يصير قصاصا بالدين الذي لها عليه وقد يجوز أن يثبت الحكم بالقبول مع التصريح بالإعطاء قال الله تعالى : ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد ﴾ (التوبة : ٢٩) وبالقبول يثبت حكم الذمة فإذا ثبت أن الحكم هنا يتعلق بقبول المال يشترط القبول منها في المجلس فإذا لم تقبل حتى قامت فهو باطل

وفيما تقدم لما كان الإعطاء شرطا فبجعله قصاصا بما عليه لا يصير الشرط موجودا قبل الإعطاء والمقاصة بين دينين واجبين ففي قوله إذا أعطيتني المال المال غير واجب عليها فلا يصير قصاصا وفي قوله أنت طالق على أن تعطيني المال يجب عليها بالقبول فيصير قصاصا فإذا لم يصر قصاصا في قوله إذا أعطيتني فرضي الزوج أن يوقع عليها طلاقا مستقبلا بالألف التي لها عليه فذلك جائز إذا قبلت وكان هذا منه لها ايجابا مبتدأ

(قال) (وإن كان للرجل امرأتان فسألتاه أن يطلقهما على ألف أو بألف فطلق إحداهما لزم المطلقة حصتها من الألف) أما في حرف الباء فلأنهما جعلتا الألف بدلا عن طلاقها فإذا طلق إحداهما فعليها حصتها وكذلك في حرف على لأنه لا منفعة لها في طلاق الضرة حتى يجعل شرطا ولأن أكثر ما في الباب إن كل واحدة منهما التزمت حصتها من الألف بشرط أن يطلق صاحبتها وإذا أبى كان هذا شرطا فاسدا لا أن الخلع لا يبطل بالشرط الفاسد كالنكاح فإن طلق الأخرى في ذلك المجلس أيضا لزمتها حصتها من المال فإن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة فكان

هذا وما لو طلقها بكلام واحد سواء وإن افترقوا قبل أن يطلق واحدة منهما بطل إيجابهما بالإفتراق فإذا طلقهما بعد ذلك كان الطلاق واقعا بغير بدل

(قال) وإذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فأقامت شاهدين شهد أحدهما بالخلع بألف والآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لأنها تدعي أحد الأمرين لا محالة فتكون مكذبة للشاهد الآخر ولأن الخلع في جانبها قياس البيع وشهود البيع إذا اختلفوا في جنس الثمن أو في مقداره بطلت الشهادة وكذلك هنا إذا اختلفا في جنس الجعل كالعرض والعبد أو كالعرض والدراهم فالشهادة باطلة لأن كل واحد منهما شهد بالطلاق لعوض آخر ولا يمكن إيجاب واحد من العوضين عليها فلو حكم بالطلاق لحكم بالطلاق لغير عوض وقد اتفقا أن الزوج ما أوقع الطلاق بغير عوض

(قال) ولو كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة فإن كان الزوج يدعي ألفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الألف لأن الطلاق قد وقع بإقرار الزوج بقي منه دعوى المال ومن ادعى على غيره ألفا وخمسمائة فشهد له شاهدان شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة تقبل شهادتهما على الألف باتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى فإن ادعى الزوج الألف لم تجز شهادتهما لأن الزوج قد كذب أحد شاهديه وهو الذي شهد بألف وخمسمائة والمدعي إذا أكذب شاهده بطلت شهادته له والطلاق واقع بإقراره وكذلك إذا اختلفا في جنس الجعل لأن الزوج مكذب لأحدهما لا محالة فلا بد أن يدعى أحد الجنسين فإن شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة فعند أبي حنيفة لا تقبل شهادتهما لاختلافهما لفظا وعندهما تقبل على الخمسمائة إذا ادعى الزوج الألف لاتفاقهما على مقدار الخمسمائة معنى وقد بينا هذا فيم ا سبق ثم الأصل بعد هذا في باب الخلع أن البدل في الخلع بمنزلة الصداق في النكاح فإنه مال يلتزمه لا بمقابلة مال وقد بينا حكم الصداق في النكاح فالخلع قياسه إلا في فصول يذكر الفرق بينهما فيها حتى إذا اختلعت على دار فلا شفعة للشفيع فيها وإن اشترط أن يرد عليها ألفا مع ذلك ففي وجوب الشفعة في حصة الألف خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه كما في الصداق وليس في جعل الخلع خيار الرؤية ولا رد بعيب يسير كما في الصداق

(قال) وإذا اختلعت بما في بيتها من شيء فهو جائز وكل ما يكون في بيتها في تلك الساعة فهو له لأن بالإشارة إلى المحل تنقطع المنازعة بينهما بسبب الجهالة وإن لم يكن فيه شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغر الزوج بتسمية الشيء فإنه ينطلق على ما لا قيمة له فلهذا لا يلزمها شيء وفي هذا الفصل في النكاح يجب مهر المثل ولكن باعتبار أن تسمية الشيء لغو من الزوج فكأنه تزوجها على غير مهر فلها مهر مثلها وهنا يصير كأنه خلعها بغير شيء فلا شيء عليها وهذا لأن البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم بمهر المثل ولا قيمة للبضع عند خروجه عن ملكه

(قال) وإذا اختلعت على ما في بيتها من متاع فله ما فيه فإن لم يكن فيه شيء رجع عليها بالمهر الذي أخذت منه لأنها غرته بتسمية المتاع فإن إسم لما يكون متقوما منتفعا به فإذا لم يوجد في البيت شيء كان مغرورا من جهتها والمغرور دفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار ولا يمكن إثبات الرجوع بقيمة المتاع لكونه مجهول الجنس والقدر ولا بقيمة البضع لأنه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم فإنه لا يملكها شيئا إنما يسقط حقه عنها فكان أولى الأشياء ما ساق إليها من الصداق فإن الغرر يندفع عنه بالرجوع بذلك

(قال) وإن قالت اخلعني على ما في يدي من دراهم فإن كان في يدها ثلاثة دراهم أو أكثر فله ذلك وإن لم يكن في يدها شيء فله ثلاثة دراهم لأنها سمت جميع الدراهم وأدنى الجمع المتفق عليه ثلاثة وليس لأقصاه نهاية فأوجبنا الأدنى وفي الصداق في هذا الفصل لها مهر مثلها لأن هناك الزوج يملك عليها ما هو متقوم فلها أن لا ترضى بالأدنى وفي معاوضة المتقوم بالمتقوم يجب النظر من الجانبين وفي تعيين الأدنى ترك النظر لها فلهذا أوجبنا مهر المثل وهنا الزوج لا يملكها شيئا متقوما فيتعين أدنى الجمع لكونه متيقنا ولأنها لما كانت تلتزم لا بعوض المتقوم كان هذا في حقها قياس الإقرار والوصية ومن أقر لغيره بدراهم أو أوصى له بدراهم يلزمه ثلاثة وإن كان في يدها درهمان تؤمر بإتمام ثلاثة دراهم له لأنها فيما التزمت ذكرت لفظ الجمع وفي المثنى معنى الجمع وليس بجمع مطلق فإن التثنية غير الجمع

(فإن قيل) قد ذكرت في كلامها حرف من وهو للتبعيض والدرهمان بعض الجمع فينبغي أن لا يلزمها إلا ما في يدها كما قال في الجامع إذا قال إن كان ما في يدي من الدراهم إلا ثلاثة فعبده حر وفي يده أربعة دراهم كان حانثا

(قلنا) نعم حرف من قد يكون للتبعيض وقد يكون صلة كما في قوله تعالى : ﴿ فاجتنبوا الرجس من الأوثان ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ ما اتخذ الله من ولد ﴾ ففي كل موضع يصح الكلام بدون حرف من كان حرف من فيه صلة لتصحيح الكلام كما في مسألة الخلع فإنها لو قالت اخلعني على ما في يدي دراهم كان الكلام مختلا وحرف من صلة لتصحيح الكلام ويبقى منها لفظ الجمع فلهذا يلزمها ثلاثة دراهم والدنانير والفلوس في هذا قياس الدراهم

(قال) وإن اختلعت منه بما في نخلها من ثمرة وليس فيها شيء فله المهر الذي أعطاها لأنها غرته بتسمية الثمرة وهو اسم لمال متقوم وإن اختلعت منه بما يثمر نخلها العام فهو جائز فإن أثمرت فله ذلك وإن لم تثمر شيئا فلا شيء له في قول أبي يوسف - رحمه الله تعالى - ثم رجع فقال يرجع عليها بما أعطاها من المهر أثمرت أو لم تثمر ولا شيء له من الثمرة وهو قول محمد - رحمه الله تعالى - وجه قوله الأول أنها لم تغره بشيء ولكنها أوجبت له ما يثمر نخلها العام فكان هذا بمنزلة الإيجاب بطريق الوصية ومن أوصى بما تثمر نخيله العام فإن أثمرت فهي للموصى له وإن لم تثمر فلا شيء له فهذا مثله

وجه قوله الآخر أنها تلتزم بدل الخلع عوضا وإن لم يكن بمقابلته ما هو متقوم والثمار المعدومة لا تصلح عوضا في شيء من العقود فيبقى مجرد تسمية ما هو متقوم منتفع به وذلك بمنزلة الغرور منها وذلك يثبت حق الرجوع بما أعطاها وهذا لأن الغرور ثابت هنا معنى لما تعذر تسليم المسمى له شرعا فهم بمنزلة ما لو وجد الغرور منها صورة بأن سمت المتاع الذي في يدها وليس في يدها متاع فيرجع عليها بما أعطاها

(قال) وإن اختلعت منه بما في بطن جاريتها أو على ما في بطون غنمها فهو جائز وله ما في بطونها بخلاف الصداق فإن في مسألته يجب مهر المثل لها لأن ما في البطن ليس بمال متقوم في الحال ولكن باعتبار المآل هو مال بعد الانفصال إلا أن أحد العوضين في باب النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر ولا يمكن تصحيح التسمية في الحال لأن المسمى ليس بمال ولا باعتبار المآل لأنه في معنى الإضافة أو التعليق بالانفصال فكان لها مهر مثلها وأما في الخلع أحد العوضين وهو الطلاق يحتمل الإضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر وأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل وهو ما بعد الانفصال وإذا صحت التسمية فله المسمى وإن لم يكن في بطونها شيء

فلا شيء له لأنها ما غرته فما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير ذلك من ريح أو ولد ميت والرجوع عليها بما أعطت بحكم الغرور وما وجد في بطونها بعد الخلع فهو للمرأة لأنها سمت الموجود في البطن عند الخلع فلا يتناول ما يحدث بعد ذلك بل الحادث نماء ملكها فيكون لها

(قال) وإن اختلعت منه بحكمه أو بحكمها أو بحكم اجنبي فهو جائز كما في الصداق إلا أن هناك المعيار مهر المثل وهنا المعيار ما أعطاها فإن اختلعت بحكمه فحكم الزوج عليها بمقدار ما أعطاها أو بأقل فذلك صحيح لأنه مسقط بعض حقه وإن حكم بأكثر من ذلك لم يلزمها الزيادة إلا أن ترضى به وإن كان بحكمها فإن حكمت بما أعطاها الزوج أو أكثر جاز لأن تصرفها على نفسها بالتزام الزيادة صحيح وإن حكمت بأقل من ذلك لم يثبت النقصان إلا أن يرضى الزوج بذلك لأن حكمها بذلك على الزوج وإن كان بحكم أجنبي فله ما أعطاها لأن الأجنبي إن حكم بأقل من ذلك فهو متصرف على الزوج بإسقاط بعض حقه وإن حكم بأكثر من ذلك وهو متصرف عليها بإلزام الزيادة فلا ينفذ بدون رضاها

(قال) وإن اختلعت منه على خادم بغير عينها فهو جائز وله خادم وسط أو قيمته أيهما أتت به أجبر على القبول كما في الصداق

(قال) وإن اختلعت منه بما تكتسب العام من مال أو بما ترثه أو بما تتزوج عليه أو بما تحمل جاريتها أو غنمها فيما يستقبل كان له المهر الذي أعطاها في جميع ذلك لأن المسمى لا يصلح عوضا في شيء من النقود إما لأنه على خطر الوجود لا يدري أيكون أم لا أو لأنه مجهول الجنس والصفة والقدر فلا يصح إلتزامه في الخلع أيضا ولكنها غرته بتسمية المال فيلزمها رد ما ساق إليها بسبب الغرور وكذلك ما تحمل جاريتها أو نعمها من ولد لا يصح تمليكه من الغير بشيء من أسباب التمليك الوصية وغيرها فيه سواء فيلزمها رد المقبوض بسبب الغرور

(قال) وكذلك إن اختلعت على أن تزوجه امرأة وتمهر عنه فالخلع جائز والشرط باطل للجهالة المستتمة في المسمى ولكن الغرور يتمكن لتسمية الأمهار فعليها رد العوض وإن اختلعت منه على موصوف من المكيل أو الموزون أو النبات فهو جائز كما في الصداق وإن اختلعت منه على ثوب أو على دار فالتسمية فاسدة للجهالة المستتمة كما في الصداق وله المهر الذي أعطاها بسبب الغرور وكذلك إن اختلعت منه بدابة للجهالة المستتمة فإن اسم الدابة يتناول أجناسا مختلفة فله المهر الذي أعطاها وإن اختلعت منه بشيء معروف مسمى ولها عليه مهر وقد دخل بها أو لم يدخل بها لزمها ما سمت له ولا شيء لها مما سمي على الزوج من المهر في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وفي قول أبي يوسف ومحمد – رحمهم الله تعالى – لها أن ترجع عليه بالمهر إن كان قد دخل بها وبنصف المهر إن لم يدخل بها وكذلك لو كانت أخذت المهر ثم خلعها قبل الدخو ل على شيء مسمى فليس للزوج أن يرجع عليها بشيء من المهر في قول أبي حنيفة وفي قول محمد وأبي يوسف – رحمهم الله تعالى – يرجع عليها بنصف المهر وإن كان العقد بينهما بلفظة المبارأة وكذلك الجواب في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى

وقال أبو يوسف - رحمه الله تعالى - في المبارأة الجواب كما قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - والحاصل أن الخلع والمبارأة هند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - توجبان براءة كل واحد منهما عن صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء بعد ذلك

وعند محمد لا يوجبان إلا المسمى في العقد وفيما سوى ذلك من حقوق النكاح يجعل كالفرقة بغير جعل بالطلاق وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - في الخلع الجواب كما قال محمد - رحمه الله تعالى - وفي المبارأة الجواب كما قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - وجه قول محمد - رضي الله عنه - أن هذا الطلاق بعوض فيجب به العوض المسمى ولا يسقط شيء من الحقوق الواجبة كما لو كان بلفظ الطلاق وهذا لأنه لا تأثير لعقد المعاوضة إلا في استحقاق العوض المسمى به والدليل عليه أنه لو كان لأحدهما على الآخر دين واجب بسبب آخر أو عين في يده لا يسقط شيء من ذلك بالخلع والمبارأة فكذلك الحقوق الواجبة عليه بالنكاح والدليل عليه أن نفقة عدتها لا تسقط وهي من الحقوق الواجبة بالنكاح فكذلك المهر بل أولى لأن النفقة أضعف وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول المقصود بهذا العقد لا يتم إلا بإسقاط الحقوق الواجبة بالنك ا ح فلإتمام هذا المقصود يتعدى حكم هذا العقد إلى الحقوق الواجبة بالنكاح لكل واحد منهما

وهذا لأن الخلع إنما يكون عند النشوز وسبب النشوز الوصلة التي بينهما بسبب النكاح فتمام انقطاع المنازعة والنشوز إنما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة وفي لفظهما ما يدل عليه فإن المبارأة مشتقة من البراءة والخلع من الخلع وهو الإنتزاع

يقول الرجل خلعت الخف من الرجل إذا قطعت ما بينهما من الوصل من كل وجه

فأما إذا كان العقد بلفظ الطلاق فقد روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى - أنه يسقط الحقوق الواجبة أيضا بالنكاح لإتمام المقصود وفي ظاهر الرواية ليس في لفظ الطلاق ما يدل على إسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح فلهذا لا تسقط فأما سائر الديون فوجوبها ما كان بسبب وصلة النكاح والنشوز والمنازعة لم تتحقق فيه فلهذا لا يسقط

وأما نفقة العدة فهي غير واجبة عند الخلع إنما تجب شيئا فشيئا والخلع والمبارأة تسقطان ما هو واجب بحكم النكاح في الحال وأبو يوسف - رحمه الله تعالى أخذ في المبارأة يقول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لتحقيق معنى البراءة وفي الخلع أخذ بقول محمد - رحمه الله تعالى - لأنه ليس فيه معنى البراءة عن الحقوق الواجبة فجعل لفظ الخلع بمنزلة لفظ الطلاق وعلى هذا الأصل لو كان مهرها ألف درهم فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة - رحمه اله تعالى - وفي قولهما ترجع بأربع مائة ولو كانت قبضت الألف ثم اختلعت بمائة درهم منها لم يكن للزوج غير المائة في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وعندهما يرجع عليها إلى تمام النصف وكذلك لو كان المهر عبدا بعينه في يدها فاختلعت منه بمائة درهم عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لا يرجع عليها بشيء من العبد وعندهما يرجع عليها بنصف العبد ولو تزوجها على ألف درهم فوهبت له النصف وقبضت النصف ثم اختلعت منه بشيء مجهول كالثوب ونحوه فإنه يرجع عليها بما دفع إليها

من المهر لا بالألف التي كان أصل العقد بها لأن ثبوت حق الرجوع عند الغرور لدفع الضرر عن الزوج وذلك يتم إذا رجع بما ساق إليها ولو كانت وهبت جميع المهر لزوجها لم يرجع الزوج عليها بشيء لأن الرجوع بحكم قبضها ولم يقبض شيئا والرجوع لدفع الضرر عن الزوج والضرر مندفع هنا حين سلم له جميع المهر بالهبة

(قال) وإذا اختلعت من زوجها بعبد بعينه فمات قبل أن يسلمه فعليها قيمته له كما في الصداق لأن السبب الموجب للتسليم لم ينفسخ بهلاكه فإن تبين كان مات قبل الخلع فإنما يرجع عليها بالمهر الذي أخذت منه لأنها غرته بتسمية العبد وإن كان حيا فاستحق فعليها قيمته لأنه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب للتسليم له وإن ظهر أنه كان حرا فعليها المهر الذي أخذت منه في قول أبي حنيفة ومحمد – رضي الله عنهما – وفي قول أبي يوسف – رضي الله عنه – عليها قيمته أن لو كان عبدا وهذا والصداق سواء

(قال) وإن اختلعت منه بما لا يحل كالخمر والخنزير والميتة لم يكن له عليها شيء لأن المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلمين فلا يتمكن الغرور منها بهذه التسمية فصارت هذه التسمية وجودها كعدمها وبهذا فارق الصداق فإن تسمية الخمر هناك وجودها كعدمها ولكن بدون التسمية يجب مهر المثل هناك ولا يجب هنا شيء وإن غرته فقالت أختلع منك بهذا الخل فإذا هو خمر فعليها أن ترد المهر المأخوذ في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وفي قول أبي يوسف ومحمد – رحمهم الله تعالى – عليها مثل ذلك الكيل من خل وسط وهذا والصداق سواء

(قال) وإذا تزوجها على ألف درهم ثم اختلعت منه بمال مؤجل فهو جائز إذا كان الأجل معلوما لأن الخلع عقد معاوضة فيصح اشتراط الأجل المعلوم في بدله كسائر المعوضات وإن كان الأجل مجهولا جهالة مستتمة مثل الميسرة أو موت فلان أو قدوم فلان فالمال عليها حال لأن الأجل اسم لزمان منتظر ولم يصر مذكورا بذكر هذه الألفاظ لجواز أن يتصل موت فلان أو قدومه والميسرة بالعقد فبقي هذا شرطا فاسدا والخلع لا يبطل به وكان المال حالا عليها وإن كان إلى الإعطاء أو إلى الدياس أو النيروز أو المهرجان فالمال إلى ذلك الأجل لأنهما ذكرا في العقد ما هو أجل وهو الزمان الذي هو منتظر فإن وقت الشتاء ليس بزمان الحصاد والدياس بيقين ولكن في آخره بعض الجهالة من حيث أنه قد يتقدم إذا تعجل الحر ويتأخر إذا تطاول البرد ولكن هذا القدر لا يمنع صحة الأجل خصوصا في العقد المبني على التوسع كالكفالة والخلع مبني على التوسع فتثبت فيه هذه الآجال فإن ذهبت الغلة في ذلك العام فلم يكن حصاد ولا جزاز فالأجل إلى مثل ذلك الوقت الذي يكون فيه في مثل ذلك البلد وكذلك العطاء لأن ذكر العطاء كان على سبيل الكناية عن وقته فلا معتبر بوجود حقيقته ووقته معروف عند الناس في كل موضع فإذا جاء ذلك الوقت وجب تسليم المال وبدل الخلع إذا كان دينا فهو في حكم أخذ الرهن والكفيل به بمنزلة الصداق حتى إذا هلك بما فيه وكان هو أمينا في الفضل

(قال) وإن خلعها على وصيف بغير عينه فإن جاءت بقيمته أجبر على قبوله كما في الصداق وإن صالحها من الوصيف على دراهم مما يكال أو يوزن أو العروض أو الحيوان من غير صفته فهو جائز بعد أن يكون يدا بيد كما في الصداق هذا لأنه إذا لم يكن مقبوضا كان دينا بدين وذلك حرام

(قال) وإذا اختلعت في مرضها بمهرها الذي كان لها على زوجها ثم ماتت في العدة فله الأقل من ميراثه ومن المهر إن كان يخرج من ثلث مالها مهر وإن لم يكن لها مال سوى ذلك فله الأقل من ميراثه منها ومن الثلث وإن ماتت بعد انقضاء العدة فله المهر من ثلث مالها والحاصل أنه إذا اختلعت في مرضها فبدل الخلع معتبر من ثلث مالها عندنا

وقال زفر - رحمه الله تعالى - من جميع المال واعتبر الخلع بالنكاح فإن المريض لو تزوج امرأة بصداق مثلها اعتبر من جميع ماله لأن ذلك من حوائجه وكذلك المريضة إذا اختلعت لأن ذلك من حوائجها لتتخلص به من أذى الزوج ولكنا نقول البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم وعند الخروج لا يتقوم حتى أن للأب أن يزوج ابنه امرأة بماله وليس له أن يخالع ابنته من زوجها بمالها والخلع ليس من أصول حوائجها فكان بدل الخلع بمنزلة الوصية منها للزوج فيعتبر من الثلث

ومن عليه القصاص إذا صالح في مرضه على الدية عندنا يعتبر من جميع ماله لأنه يحتاج إليه لإحياء نفسه فكان ذلك من أصول حوائجه بخلاف بدل الخلع وعند زفر - رحمه الله تعالى - يعتبر هنا من الثلث بخلاف الخلع لأن القصاص عقوبة فلا يعتاض عنه بالمال حقيقة فيكون التزام المال بمعنى الصلة المبتدأة والمملوك بالنكاح مما يعتاض عنه بالمال باعتبار الأصل وما يسلم للزوج هنا يصلح أن يكون عوضا يعتبر من جميع مالها إذا عرفنا هذا فنقول إذا ماتت قبل انقضاء العدة فسبب ميراثه باق ببقاء العدة ويجوز أن يكون قصدها بهذا الخلع إيصال المنفعة المالية إلى الزوج ولكن هذه التهمة في الزيادة على قدر ميراثه فأما في الأقل فلا تهمة فلهذا كان له الأقل من ميراثه ومما سمت له وإذا ماتت بعد انقضاء العدة فليس بينهما سبب التوارث عند موتها فيكون له جميع المسمى من الثلث بمنزلة ما لو أوصت له أو أقرت له بشيء بعد ما طلقها ثلاثا وإن كان لم يدخل بها فاختلعت منه في مرضها بمهرها فنقول أما نصف المهر فقد سقط عن الزوج بالطلاق قبل الدخول لا من جهتها والنصف الباقي له من ثلث مالها لأن ذلك القدر بمنزلة الوصية منها له وليس بينهما سبب التوارث إذا كان الطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتبار الأقل

وكذلك إن كانت اختلعت منه بأكثر من مهرها فنصف المهر سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الباقي مع الزيادة للزوج من ثلث مالها فإن برئت من مرضها فله جميع المسمى بمنزلة ما لو خالعها في صحتها

(قال) وإن اختلعت وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر لأنه لو طلقها بغير عوض كان صحيحا فبالعوض القليل أولى ولا ميراث لها منه لأن الفرقة إنما وقعت بقبولها فكأنه طلقها بسؤالها

(قال) وإن تبرع أجنبي في مرضه باختلاعها من الزوج بمال ضمنه للزوج فهو جائز من ثلثه إذا مات من ذلك المرض لأن الأجنبي التزم المال في مرضه من غير عوض حصل له فكان معتبرا من ثلثه وإن كان الزوج مريضا حين فعل الأجنبي هذا بغير رضاها فلها الميراث إذا مات الزوج قبل انقضاء عدتها لأن الفرقة وقعت بغير رضاها فيكون الزوج فارا من حقها

(قال) وإذا وكل رجل رجلا أن يخلع امرأته فقام الوكيل من مجلسه قبل أن يخلعها فهو على وكالته لأنه مطلق التوكيل لا يتوقت بالمجلس كما في سائر العقود وهذا لأن المطلوب من الوكيل تحصيل مقصود الموكل والمجلس وما

بعده في هذا سواء وهذا بخلاف ما لو قال لها أمرك بيدك لأن ذلك تمليك الأمر منها وجواب التمليك يقتصر على المجلس وهذا إنابة له مناب نفسه في عقد الخلع فيصير نائبا عنه ما لم يعزله كما لو قال له طلقها

(قال) وإذا وكل رجلين بالخلع فخلع أحدهما لم يجز لأن الخلع عقد معاوضة يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير وهو إنما رضي برأي المثنى ورأي الواحد لا يكون كرأي المثنى فلا يحصل مقصوده إذا انفرد أحدهما به كما في البيع بخلاف ما لو قال طلقاها فطلقها أحدهما جاز لأن إيقاع الطلاق مجرد عبارة لا يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء وما هو مقصود الزوج يحصل بإيقاع أحدهما

(قال) وإذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على عبدي هذا إن شئت فقامت من مجلسها قبل أن تشاء فهي امرأته ولا يقع الطلاق في هذا إلا بقبولها لأن العبد المسمى ملك الزوج فكان ذكره والسكوت عنه سواء فيبقى قوله أنت طالق ثلاثا إن شئت فإذا قامت قبل أن تشاء خرج الأمر من يدها فلا يقع عليها شيء لأن المشيئة منها لم توجد ولأنه أوقع الطلاق بعوض فلا يقع إلا بوجود القبول وإن لم يجب العوض ولا منفعة فيه لأحدهما كما لو طلقها على خمر أو ميتة لا يقع الطلاق إلا بقبولها وإن كان لا يجب عليها شيء بعد القبول وإن قبلت في المجلس وقع الطلاق عليها لوجود القبول ولأنها لما قبلت فقد شاءت والعبد عبد الزوج على حاله لأن ملكه لا يكون عوضا عن ملكه ولا شيء له عليها لأنها لم تغره

وإن قال أنت طالق إن شئت على عبدك الذي في يدي فإن قبلت وقع الطلاق عليها وله العبد لأن ملكها يصلح عوضا عن الطلاق سواء كان في يدها أو في يد الزوج فإن استحق العبد فله قيمته لأن التسليم بالعقد صار مستحقا عليها وقد بطل فيبقى الزوج بالاستحقاق من الأصل والسبب الموجب تسليم قائم فعليها قيمته له

(قال) وإن طلقها على ما في يده فقبلت فإذا في يده جوهرة لها فهي له وإن لم تكن علمت بذلك لأنها هي التي أضرت بنفسها حين قبلت الخلع قبل أن تعلم ما في يده ولو اشترى منها بهذه الصفة كان جائزا ولا خيار لها فالخلع أولى وإن لم يكن في يده شيء فالطلاق رجعي ولا شيء له عليها لأنها لم تغره وصريح الطلاق لا يوجب البينونة إلا بعوض

(قال) وإن اختلعت منه بعبد حلال الدم فقتل عنده بقصاص رجع عليها بقيمته في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وهذا بمنزلة الاستحقاق عنده على ما نبينه في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى

وكذلك لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وهذا بمنزلة العيب الفاحش يكون في يدها بالعبد وعندهما عيب القطع في حكم الحادث عند الزوج فيمنعه من رد العبد عليها وموضع بيان هذه المسألة في كتاب البيوع

(قال) ولو خلعها على عبد نصراني أو امة لها زوج أو عبد له امرأة ولم تعلمه ذلك لم يرجع عليها بشيء فإن هذا بمنزلة العيب اليسير لأن نقصان المالية يقل بهذه الأسباب وبدل الخلع لا يرد بالعيب اليسير كالصداق

(قال) وإن اختلعت ومهرها ألف درهم على عبد على إن زادها ألف درهم فاستحق العبد من يده رجع عليها بالألف وبنصف قيمة العبد لأن المرأة بذلت العبد بإزاء شيء الألف التي قبضت والخلع وهما سواء فانقسم العبد نصفين

نصفه بيع من الزوج بالألف فعند الاستحقاق يرجع بثمنه المدفوع ونصفه بدل الخلع فعند الاستحقاق يرجع بقيمته فلهذا رجع عليها بالألف وبنصف قيمة العبد وكذلك لو كان أعطاها مكان الألف خادما قيمته ألف أخذ الخادم ونصف قيمة العبد لأن نصف العبد كان بيعا له بالخادم والاستحقاق يبطل البيع بالخادم والنصف الآخر من العبد كان جعلا فيرجع بقيمته عند الاستحقاق

(قال) وإن خلعها على أن أعطته درهما قد نظر إليه في يدها فإذا هو زيف أو ستوق فله أن يأخذ منها جيدا لأن مطلق تسمية الدراهم يتناول الجياد فكان له أن يرد الزيف والستوق ويطالبها بما استحق من العقد

(قال) وليس هذا بمنزلة العيب في العبد يريد به أن العبد لا يرد بالعيب اليسير في الخلع والدراهم ترد بعيب الزيافة وإن كان ذلك عيبا يسيرا لأن الخلع ما تعلق بتلك الدراهم بعينها وإنما تعلق بدراهم جياد في ذمتها حتى أن لها أن تمنع ذلك الدرهم وتعطيه آخر فكان له أن يطالبها بما استحق بالعقد ولأنه بالرد هنا يستفيد شيئا وهو الرجوع بالجيد بخلاف العبد فإن العبد تعلق بعينه فلا يستفيد شيئا برده بعيب يسير لأنه يرجع بقيمته ولا فرق بين قيمته صحيحا وبين عينه مع العيب اليسير

(قال) ولو اختلعت منه على ثوب في يدها أصفر فقالت هو هروي فإذا هو مصبوغ كان له ثوب هروي وسط لأن المسمى إذا لم يكن من جنس المشار إليه فالعقد يتعلق بالمسمى ولهذا لا يجوز البيع في مثله لأنه يتعلق بالمسمى وهو معدوم فكذلك بالخلع يتعلق بالمسمى وهو ثوب هروي والخلع على مثله صحيح وينصرف إلى الوسط كما في الصداق

(قال) وإذا تزوج المريض امرأة مريضة على ألف درهم ودفعها إليها ولا مال له غيرها ومهر مثلها مائة درهم فاختلعت بها منه قبل أن يدخل بها ثم ماتت من ذلك المرض ولا مال لها غيرها ثم مات الزوج بعدها من ذلك المرض فلورثة المرأة من هذه الألف مائتا درهم وخمسة وسبعون درهما ولورثة الزوج سبعمائة وخمسة وعشرون درهما وهذه المسالة تنبني على أصول :

أحدها أن المريض إذا تزوج امرأة على أكثر من صداق مثلها فالزيادة على صداق المثل بمنزلة الوصية في الاعتبار من الثلث ومقدار صداق مثلها لا يعتبر من الثلث

والثاني أن المريضة إذا اختلعت من زوجها بمال يكون معتبرا من ثلث مالها

والثالث أن الطلاق قبل الدخول يسقط نصف الصداق عن الزوج شرعا

ثم وجه تخريج المسألة أن في مقدار مهر مثلها وهو المائة لا وصية من الزوج لها وقد عاد بالطلاق قبل الدخول نصفه إليه بقي لها خمسون وقد أوصت بذلك للزوج حين اختلعت منه به فإنما يسلم للزوج ثلث ذلك وهو ستة عشر وثلثان فيكون حاصل مال الزوج تسعمائة وست وستين وثلثين وقد حاباها بأربعمائة وخمسين في أصل النكاح لأن المحاباة كانت تسعمائة ولكن بالطلاق قبل الدخول عاد إلى الزوج نصفها فبقيت المحاباة بأربعمائة وخمسين وذلك أكثر من ثلث ماله فتعتبر محاباته من الثلث فكان ينبغي أن يسلم لها ثلث هذا المقدار إلا أنه قال أنه تنفذ وصيته في ثلاثة أثمان هذا المقدار لأنا لو نفذنا في ثلثها رجع ثلث ذلك إلى ورثة الزوج بالخلع فيزداد ما لهم وتجب الزيادة في

تنفيذ الوصية لها بحسبه فلا يزال يدور هكذا فلقطع الدور قال تنفذ وصيته في ثلاثة أثمانه وطريق معرفة ذلك بالسهام إنك تحتاج إلى مال ينقسم ثلثه أثلاثا وأثل ذلك تسعة فكان ينبغي أن يجعل مال الزوج على تسعة أسهم وتنفذ وصيته في ثلثه إلا أن سهما من هذه الثلاثة يعود إلى الورثة بالخلع وصية منها له فيصير في يد ورثة الزوج سبعة أسهم وحاجتهم إلى ستة وهذا السهم الزائد هو الدائر الذي يسعى إلى الفساد فالسبيل طرح هذا السهم من قبل من خرج الدور من قبله وهو معنى قول أبي حنيفة : سهم الدور ساقط وإنما ظهر هذا الدور من جانب الورثة بزيادة حقهم فنطرح من أصل حقهم سهما فيبقى حقهم في خمسة وحق المرأة في ثلاثة فيكون ثمانية فلهذا جعلنا مال الزوج على ثمانية ثم نفذنا وصيته لها في ثلاثة ويعود سهم من هذه الثلاثة إلى ورثته بالخلع فيصل للورثة ستة وقد نفذنا الوصية في ثلثه فيستقيم الثلث والثلثان ثم وجه التخريج من حيث الدراهم أن مال الزوج تسعمائة وستة وستون وثلثان فإذا قسمت ذلك أثمانا فكل ثمن من ذلك مائة وعشرون وخمسة أسداس فثلاثة أثمانه يكون ثـلثمائة واثنين وستين ونصفا تنفذ الوصية في الابتداء في هذا المقدار يبقى للورثة ستمائة وأربعة وسدس ثم يعود إليهم من جهتها مائة وعشرون وخمسة أسداس فيكون جملة ذلك سبعمائة وخمسة وعشرين وقد نفذنا الوصية في ثلثمائة واثنين وستين ونصف فيستقيم الثلث والثلثان وحصل لورثة المرأة في الابتداء ثلاثة وثلاثون وثلث وبالوصية مائتان وواحد وأربعون وثلثان فيكون جملة ذلك مائتين وخمسة وسبعين فاستقام التخريج وهذه المسألة بأخواتها تعود في كتاب العتق في المرض فيؤخر تخريج سائر الطرق إلى ذلك الموضع والله أعلم بالصواب ." (١)

" أكثر مسائل هذا الباب تنبني على أصل أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فإن العتق عنده يتجزى حتى أن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار في النصف الباقي إن شاء أعتقه وإن شاء استسعاه في النصف الباقي في نصف قيمته وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب

وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي – رحمهم الله تعالى – يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله – عليه الصلاة و السلام – (من أعتق شقصا من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك) وفي الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضا – رضي الله عنه – والمعنى فيه أن العتق إسقاط للرق والرق لا يتجزى ابتداء وبقاء فإسقاطه بالعتق لا يتجزى أيضا كما أن الحل لما كان لا يتجزى ابتداء وبقاء فإبطاله بالطلاق لا يتجزى وبيانه أن فعله إعتاق فلا يتحقق إلا بانفعال العتق في المحل وبعد انفعال العتق في بعض الشخص لو بقي الرق في شيء منه كان في ذلك تجزي الرق في محل واحد وذلك لا يجوز فإن الذي ينبني على العتق من الأحكام يضاد أحكام الرق من تكميل الحدود والأهلية للشهادات والإرث والولايات ولا يتصور اجتماع الضدين في محل واحد ولأن اتصال أحد النصفين بالآخر أقوى من اتصال الجنين بالأم لأن ذلك بعرض الفصل ثم إعتاق الأم يوجب عتق الج نين لا محالة فإعتاق أحد النصفين لأن يوجب عتق النصف الآخر أولى ولأن الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يحتمل الوصف بالتجزي في محل واحد فحقيقة العتق أولى

---

(١) المبسوط، ٣٢/٥

واستدل أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – بحديث سالم عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قال : (من أعتق شقصا له في عبد فإن كان موسرا فعليه خلاصه وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رق)

وقال علي – رضي الله عنه – يعتق الرجل من عبده ما شاء وتأويل قوله – صلى الله عليه و سلم – فهو حر كله سيصير حرا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيانا أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه وهو مذهبنا ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيتجزأ في المحل كالبيع وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق فالرق اسم لضعف ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق في المحل كما لا يكون حيا إلا باعتبار صفة الحياة في المحل فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له فإذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزي فإنما يزول بقدر ما يزيله ولهذا لا يعتق شيء منه بإعتاق البعض عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في ال ر ق لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ

وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ وإنما يسمى فعله إعتاقا مجازا على معنى أنه إذا تم إزالة الملك بطريق الإسقاط يعقبه العتق الذي هو عبارة عن القوة لا أن يكون الفعل المزيل ملاقيا للرق كالقاتل فعله لا يحل الروح وإنما يحل البنية ثم بنقض البنية تزهق الروح فيكون فعله قتلا من هذا الوجه ولئن كان فعله إعتاقا فالعتق الذي ينبني على الإعتاق لا يتجزى والإعتاق في نفسه متجز حتى يتصور من جماعة في محل واحد فالعتق للبعض إنما يوجد شطر العلة فيتوقف عتق المحل إلى تكميله وهو نظير إباحة أداء الصلاة تنبني على غسل أعضاء هي متجزئة في نفسها حتى يكون غسل بعض الأعضاء مطهرا ثم يتوقف إباحة أداء الصلاة على إكمال العدد وحرمة المحل لا تتجزى وإن كان ينبني على طلقات هي متجزئة حتى كان الموقع للتطليقة والتطليقتين مطلقا ويتوقف ثبوت الحرمة على ك مال العدد فهنا أيضا نزول العتق في المحل يتوقف على تمام العلة بإعتاق ما بقي وإن كان معتق البعض معتقا لأن الإعتاق يقتضي انفعال العتق كما قال ولكن لا يقتضي الاتصال بالإعتاق بل يثبت استحقاق الإعتاق ويتأخر ثبوته في المحل إلى إكمال العلة

فأما الاسترقاق فقد قيل يحتمل الوصف بالتجزي حتى لو فتح الإمام بلدة ورأى الصواب في أن يسترق أنصافهم صح ذلك منه والأصح أنه لا يتجزى لأن سببه وهو القهر لا يتجزى إذ لا يتصور قهر نصف الشخص دون النصف والحكم ينبني على السبب وكذلك الاستيلاد سببه لا يتجزى وهو نسب الولد فأما عتق الجنين عند إعتاق الأم ليس لأجل الاتصال ألا ترى أن إعتاق الجنين لا يوجب إعتاق الأم والاتصال موجود ولكن الجنين في حكم جزء من أجزائها كيدها ورجلها وثبوت الحكم في التبع ثبوته في المتبوع وأحد النصفين ليس بتبع للنصف الباقي فلهذا لم يكن إعتاق أحد النصفين موجبا للعتق في النصف الباقي

فإن كان العبد بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه جاز ثم إن كان المعتق موسرا فللساكت ثلاث خيارات في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد في قيمة نصيبه فإذا أدى السعاية إليه عتق والولاء بينهما وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته ثم يرجع المعتق على العبد والولاء كله له

وإن كان المعتق معسرا فللساكت خياران : إن شاء أعتق وإن شاء استسعى وليس له حق تضمين الشريك إلا على قول بشر المريسي والقياس فيه أحد الشيئين :

إما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان أو معسرا لأنه بإعتاق نصيبه يفسد على الشريك نصيبه فإنه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الإفساد لا يختلف باليسار والعسرة أو القياس أن لا يجب على المعتق ضمان بحال لأنه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك غيره كمن سقى أرضه فنزلت أرض جاره أو أحرق الحصائد في أرضه فاحترق شيء من ملك جاره ولكنا تركنا القياسين للآثار فمنه ما روي عن نافع عن ابن عمر – رضي الله تعالى عنهما – أن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قال : (في الرجل يعتق نصيبه في المملوك : إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيرا يسعى في حصة الآخر) وهكذا روى عروة عن عائشة وعمر بن شهيب عن أبيه عن ابن مسعود – رضوان الله عليهم – (أن رجلين من جهينة كان بينهما عبد فأعتقه أحدهما فرفع ذلك إلى رسول الله – صلى الله ع ليه و سلم – فضمنه نصيب صاحبه وحبسه حتى باع غنيمة له في ذلك)

وذكر الحسن عن عمر – رضي الله عنه – في العبد بين اثنين يعتقه أحدهما أنه يضمن نصيب صاحبه إن كان غنيا وإن كان فقيرا يسعى العبد في النصف لصاحبه

وعن إبراهيم عن الأسود بن يزيد أنه أعتق عبدا له ولأخوة له صغار فذكر ذلك لعمر – رضي الله عنه – فقال يستأني بالصغار حتى يدركوا فإن شاؤوا أعتقوا وإن شاؤوا أخذوا القيمة فلهذه الآثار قلنا بوجوب الضمان في حالة اليسار دون العسرة ولكن المعتبر يسار اليسر لا يسار الغنى حتى إذا كان له من المال قدر قيمة المملوك فهو ضامن وإن كانت تحل له الصدقة هكذا ذكره في حديث نافع عن ابن عمر – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال : (قوم عليه نصيب شريكه إن كان له من المال ما يبلغ ذلك) ولأنه قصد التقرب والصلة بإعتاق نصيبه وتمام ذلك بعتق ما بقي فإذا كان متمكنا من إتمامه بملكه مقدار ما يؤديه إلى شريكه كان عليه ذلك ولأن اختلاف هذا الضمان باليسار والإعسار لتحقيق معنى النظر للشريك فإنه إذا استسعى العبد يتأخر وصول حقه إليه وإذا ضمن شريكه يتوصل إلى مالية نصيبه في الحال وإنما يك ون هذا إذا كان موسرا له من المال ما يبلغ قيمة نصيب شريكه

ثم على قول أبي يوسف ومحمد لا خيار للساكت وإنما له تضمين الشريك إن كان موسرا واستسعاه العبد إن كان معسرا أخذا بظاهر الحديث وبناء على أصلهما أن العتق لا يتجزى ولهذا كان الولاء عندهما كله للمعتق في الوجهين جميعا وهو قول ابن أبي ليلى إلا في حرف واحد يقول إذا سعى العبد رجع به على المعتق إذا أيسر لأنه هو الذي ألزمه ذلك بفعله

وقاس بالعبد المرهون إذا أعتقه الراهن وهو معسر فسعى العبد في الدين رجع به على الراهن إذا أيسر ولكنا نقول إذا كانت عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك يمنع وجوب الضمان عليه للعبد وإنما يسعى العبد في بذل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد بخلاف المرهون فإنه ليس في بدل رقبته بل في الدين الذي هو ثابت في ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه

فأما عند الشافعي – رحمه الله تعالى – إن كان المعتق موسرا يعتق كله وهو ضامن لنصيب شريكه وإن كان معسرا فللشريك أن يستديم الرق في نصيبه ويتصرف فيه بما شاء وقال لا أعرف السعاية على العبد ووجه قوله أن عسرة العبد أظهر من عسرة المعتق لأنه ليس من أهل ملك المال فإذا لم يجب الضمان على المعتق لعسرته فكذلك لا يجب على العبد بل أولى لأن المعتق معسر جان والعبد معسر غير جان وهذا لو لزمه السعاية إنما تلزمه في بدل رقبته وليس للمولى ولاية إلزامه المال بدلا عن رقبته في ذمته كما لو كاتبه بغير رضاه فلأن لا يكون ذلك لغير المالك أولى

(وحجتنا) في ذلك حديث بشر بن نهيك عن أبي هريرة – رضي الله عنهما – عن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال : (من أعتق شقصا من عبد بينه وبين غيره قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرا قيمة عدل وإلا يستسعى العبد في نصيبه غير مستغرق عليه) والمعنى فيه أن نصيب الشريك مال متقوم وقد احتبس عند العبد لما قلنا أن بعد إعتاق البعض يمتنع استدامة الملك فيما بقي لوجوب تكميل العتق والدليل عليه حالة اليسار فإن حكم المحل لا يختلف بيسار المعتق وعسرته

ومن احتبس ملك الغير عنده يكون ضامنا له موسرا كان أو معسرا وجد منه الصنع أو لم يوجد كما لو هبت الريح بثوب إنسان وألقته في صبغ إنسان فانصبغ كان لصاحب الصبغ أن يرجع عليه بقيمة صبغه إذا اختار صاحب الثوب إمساك الثوب

وكذلك إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا لاحتباس نصيب الشريك عنده فكذلك هنا يجب على العبد السعاية في نصيب الشريك وإن كان معسرا لاحتباس نصيب الشريك عنده وهذا بخلاف بدل الكتابة لأن وجوبه بعقد التراضي ووجوب السعاية من طريق الحكم للاحتباس وذلك متقرر وإن لم يرض به العبد

فأما بيان مذهب أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فنقول عنده العتق يتجزى فإنما عتق نصيب المعتق فقط وبقي نصيب الآخر على ملكه فله أن يعتقه كما كان له أن يعتقه قبل ذلك فإذا أعتقه كان الولاء بينهما كما لو أعتقاه معا وله أن يستسعي العبد في نصيبه لأن نصيبه احتبس عند العبد حين تعذر استدامة الملك فيه وإذا استسعاه فأدى السعاية عتق والولاء بينهما لأن نصيبه عتق من جهته وله أن يضمن شريكه إن كان موسرا لأنه مفسد عليه نصيبه لما تعذر عليه استدامة الملك بإعتاق نصيبه ثم بالتضمين يصير مملكا نصيبه من شريكه فيلتحق بما لو كان العبد كله له فأعتق نصفه حتى يتخير في النصف الباقي بين أن يعتقه وأن يستسعيه ولأنه بالتضمين يقيم المعتق في نصيبه مقام نفسه وقد كان له الخيار

بين أن يعتقه أو يستسعيه فيثبت ذلك للمعتق بعد أداء الضمان فلهذا قال يرجع على العبد بما ضمن والولاء كله له لأنه عتق من جهته و إن أعتق أحدهما نصيب شريكه منه لم يعتق لأن ملك الغير ليس بمحل للعتق في حقه والسراية عندهما إنما تكون بعد مصادفة العتق محله وإذا لم يصادف محله كان لغوا

ولو دبر أحدهما نصيبه وهو موسر فعلى قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – التدبير يتجزى لأن موجبه حق الحرية فيكون معتبرا بحقيقة الحرية فيبقى بعد تدبير المدبر نصيب الآخر على ملكه فينفذ عتقه فيه وللمدبر الخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه مدبرا وإن شاء استسعى العبد في ذلك لأنه تمكن نقصان في نصيبه بالتدبير لأنه وإن امتنع البيع ولكنه كان متمكنا من استدامة الملك إلى موته وإنما تعذر عليه ذلك بإعتاق الشريك فيضمنه إن كان موسرا وإنما يضمنه مدبرا لأنه أفسده وهو منقوص بنقصان التدبير ولم يرجع المعتق على العبد بما ضمن بإعتبار أنه يقوم مقام من ضمنه وقد كان للمدبر أن يستسعي العبد في قيمة نصيبه مدبرا وأي ذلك فعل فالولاء بينهما هنا لأنه بالتدبير استحق ولاء نصيبه فلا يبطل ذلك وإن ضمن شريكه بخلاف القن

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – حين دبره الأول صار الكل مدبرا له لأن التدبير عندهما لا يتجزى كالعتق ويضمن قيمة نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا لأنه صار متملكا على شريكه نصيبه وضمان التملك لا يختلف باليسار والإعسار ثم إعتاق الثاني باطل لأنه أعتق ما لا يملكه

وإن كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم ثم أعتقه الثاني وهما موسران فجواب أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – في هذا والأول سواء لأنه حين دبره أحدهم صار الكل مدبرا له وهو ضامن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا وإن كان العبد بين ثلاثة دبره أحدهم وأعتقه الآخر فالإعتاق من الثاني بعد ذلك لغو وأما عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – تدبير المدبر يقتصر على نصيبه والإعتاق من الثاني صحيح لمصادفته المحل ثم للساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته إن كان موسرا وليس له أن يضمن المعتق لأن بالتدبير السابق صار نصيبه بحيث لا يحتمل النقل إلا إلى المدبر بالضمان فلو أثبت له حق تضمين المعتق انتقل نصيبه إلى المعتق بالضمان وذلك ممتنع بالتدبير السابق فلهذا يضمن المدبر دون المعتق

وإن شاء استسعى العبد في ثلث قيمته وإن شاء أعتقه

وإذا ضمن المدبر فللمدبر أن يرجع بذلك على العبد فيسعى له فيه وللمدبر أيضا أن يضمن الذي أعتق ثلث قيمته مدبرا لأنه تعذر عليه استدامة الملك في نصيبه بإعتاق المعتق فكان له أن يضمنه ثلث قيمته مدبرا وليس له أن يضمن المعتق ما أدى إلى الساكت من قيمة نصيبه لأن الساكت لم يكن متمكنا من تضمين المعتق فكذلك من يقوم مقامه ولأن صنعه وهو الإعتاق وجد قبل أن يتملك المدبر نصيب الساكت فلهذا لا يضمنه قيمة هذا الثلث ويكون الولاء بين المدبر والمعتق أثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق

وإذا كان العبد بين اثنين فشهد كل واحد منهما على صاحبه أنه أعتقه وصاحبه منكر ذلك فالعبد يسعى في جميع قيمته بينهما نصفين موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا في قول أبي حنيفة والولاء بينهما نصفان فأما فساد رق العبد فلاتفاقهما على ذلك وهما يملكانه بطريق الإنشاء ثم يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب

السعاية على العبد فكل واحد منهما بشهادته على شريكه يدعي السعاية لنفسه في قيمة نصيبه على العبد ويدعي الضمان على شريكه إلا أن الضمان لم يثبت لإنكار الشريك فتبقى السعاية لكل واحد منهما على العبد وعند الأداء يعتق نصيب كل واحد منهما من جهته فكان الولاء بينهما

وعلى قول أبي يوسف ومحمد – رحمه الله – إن كانا موسرين فهو حر ولا سعاية عليه لأنهما تصادقا على حريته وكل واحد منهما يتبرأ من جهة السعاية ويدعي الضمان على شريكه لأن يسار المعتق عندهما يمنع وجوب السعاية عليه وما ادعى كل واحد منهما من الضمان على شريكه لم يثبت لإنكار شريكه

وإن كانا معسرين يسعى العبد في قيمته بينهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية هنا فإنه يقول شريكي معتق وهو معسر وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى للموسر منهما في نصف قيمته ولم يسع للمعسر في شيء لأن الموسر يدعي السعاية فإنه يقول شريكي معتق وهو معسر فلي استسعاء العبد في قيمة نصيبي وأما المعسر يتبرى من السعاية ويقول شريكي معتق وهو موسر فحقي في الضمان قبله فلا يكون له أن يستسعي العبد بالتبري منه ولا يجب الضمان له على شريكه بجحوده

والولاء في جميع ذلك موقوف عندهما لأن كل واحد منهما ينفي الولاء عن نفسه فإن الولاء للمعتق وكل واحد منهما يزعم أن صاحبه هو المعتق فلهذا توقف الولاء

وإذا أعتق أحد الشريكين العبد واختار الآخر تضمينه فاختلفا في قيمته يوم أعتقه فإن كان العبد قائما نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لأن العتق حادث فيحال بحدوثه على أقرب أوقات ظهوره ووجوب الضمان بالإفساد أو الإتلاف فيكون المعتبر قيمته وقت تقرر السبب وذلك عند ظهور العتق فلهذا يقوم في الحال وكذلك إن أراد أن يستسعي العبد ألا ترى أن له أن يعتق نصيبه الساعة فكذلك له أن يستسعي العبد في قيمة نصيبه الساعة

ولو تصادقا أنه أعتقه قبل هذا كان عليه نصف القيمة يوم أعتقه حتى إذا انتقصت قيمته بزيادة السن فإنه لا تعتبر الزيادة والنقصان لأن السبب الموجب للضمان على الشريك هو العتق فينظر إلى قيمته عند ذلك كما في المغصوب تعتبر قيمته يوم الغصب

وإن اختلفا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق لأن القيمة عليه فكان القول قوله في مقداره كما في المغصوب وهذا لأن الشريك يدعي عليه الزيادة وهو منكر

وهذا بخلاف الشفعة فإن المشتري لو أحرق البناء كان للشفيع أن يأخذ العرصة بحصتها من الثمن في قسمة الثمن وينظر إلى قيمة الأرض في الحال ويكون القول في قيمة البناء قول المشتري لأن الشفيع هناك يتملك على المشتري العرصة فهو يدعي لنفسه على المشتري حق التملك بأقل المالين والمشتري ينكر ذلك وهنا الساكت يملك المعتق نصيبه بالضمان فهو يدعي عليه حق التمليك فيه بأكثر المالين والمعتق منكر لذلك

فإن مات الذي لم يعتق قبل أن يختار شيئا كان لورثته من الخيار ما كان له لأنهم قائمون مقامه بعد موته وليس في هذا توريث الخيار بل المعنى الذي لأجله كان الخيار ثابتا للمورث موجود في حق الورثة فإن شاؤوا أعتقوا وإن شاؤوا

استسعوا العبد وإن شاؤوا ضمنوا المعتق فإن ضمنوه فالولاء كله للمعتق لأنه بأداء الضمان إليهم يتملك نصيبهم كما كان يتملك بالأداء إلى المورث

وإن اختاروا الإعتاق أو الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الإناث لأن معتق البعض صار بمنزلة المكاتب والمكاتب لا تورث عينه وإن كان يورث ما عليه من المال فإنما عتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من أولاده دون الإناث إذ الولاء لا يورث

وإن اختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لأن كل واحد منهم فيما ناله قام مقام الميت وهذا لأن الملك بالإرث يثبت حكما فيكون بمنزلة الملك بالضمان فكما أن نصيب الساكت يحتمل التمليك بالضمان من المعتق فكذلك يحتمل الانتقال إلى الورثة

وروى الحسن عن أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – أنه ليس لهم ذلك إلا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء وهذا هو الأصح لأنه صار بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يملك بالإرث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم أنه لا يثبت لهم بالإعتاق ابتداء ولكنهم خلف المورث يقومون مقامه وليس للمورث أن يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذلك لا يكون للورثة ذلك

وفرع على تلك الرواية وقال لو أعتق أحد الورثة نصيبه لا يعتق ما لم يجتمعوا على إعتاقه بمنزلة المكاتب يعتقه أحد الورثة بعد موت المورث لا يعتق ولا يسقط به شيء من بدل الكتابة فهذا كذلك

ولو لم يمت الساكت ولكن العبد مات قبل أن يختار الشريك شيئا فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسرا

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة – رحمهما الله تعالى – أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد

ووجهه : أن نصيبه باق على ملكه والضمان غير متقرر على الشريك ما لم يختر ضمانه فإذا هلك على ملكه فليس له أن يقرر الضمان على شريكه باختياره بعد ذلك وهذا لأن صحة اختيار التضمين متعلق بشرط وهو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لأن الميت لا يحتمل التمليك

وجه ظاهر الرواية : أن وجوب الضمان عليه بالإعتاق لأن السبب وهو الإفساد قد تحقق به فكان ذلك بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع المغصوب منه من تضمين الغاصب

وإن كان التمليك منه من حكم ذلك الزمان فكذلك هنا وهذا لأنه لما كان يضمنه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك فذلك الحكم لا يبطل بموته وإن خرج به من أن يكون محتملا للتمليك في الحال

فإذا ضمن المعتق رجع بما ضمن في تركة الغلام لأن في حال حياته كان له أن يستسعيه فيما ضمن فإذا مات كان له أن يرجع به في تركته وإن كان معسرا رجع الشريك بقيمة نصيبه في تركة الغلام لأن السعاية له عليه مستحقة كبدل الكتابة فيستوفيه من تركته بعد موته

وإن كان العبد ترك مالا قد اكتسب بعضه قبل العتق وبعضه بعد العتق فما اكتسب قبل العتق بين الموليين نصفان لأنه كان على ملكهما حين اكتسب هذا المال والكسب لمالك الأصل وما اكتسب بعد العتق فهو تركة العبد لأنه اكتسبه

فيكون ذلك له يرجع فيه الساكت أو المعتق إذا ضمن وما بقي فهو ميراث للمعتق لأنه بالضمان ملك نصيب صاحبه فكان الولاء في الكل له

وإن اختلفا فيه فقال أحدهما هذا مما اكتسبه قبل العتق وهو بيننا وقال الآخر اكتسب بعده فهو بمنزلة ما اكتسب بعده لأن الكسب حادث فيحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق إلا بحجة

وإن اختلفا في قيمته والمعتق موسر فالقول قول المعتق لأن العبد ميت لا يمكن تقويمه في الحال ليستدل بذلك على قيمته فيما مضى فيتعين ظاهر الدعوى والإنكار والساكت يدعي لنفسه زيادة والمعتق منكر لذلك فإن كان المعتق معسرا ولا كسب للعبد فنصف القيمة دين للساكت على العبد إن ظهر له مال يستوفي منه وإن لم يظهر فليس هذا بأول مدين هلك مفلسا

وإن كان العبد حيا فصالحه الساكت على أقل من نصف قيمته فهو جائز لأنه استوجب عليه نصف قيمته فهو بالصلح أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك يستقيم كما في الكتابة

وإن صالحه على أكثر من نصف قيمته بذهب أو ورق فالفضل باطل أما عندهما فلأن الواجب له نصف القيمة شرعا فالصلح على أكثر من جنسه يكون ربا

وعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وإن بقي له الملك في نصيبه ولكن العبد استحق العتق عند أداء نصف القيمة شرعا فلا يملك إبطال ذلك الاستحقاق بالصلح على أكثر منه

وكذلك إن صالح المعتق على أكثر من نصف القيمة فالفضل مردود لأن حقه قبل العتق يتقدر بنصف القيمة فالصلح على أكثر منه يكون ربا

ثم هذا على أصلهما ظاهر فإن الصلح على المغصوب الهالك على أكثر من قيمته لا يجوز عندهما فكذلك هنا

وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يفرق ويقول هناك المغصوب باق على ملك المغصوب منه ولم يستحق عليه تمليكه من الغاصب حتى أن له أن يبرئه من الضمان ليبقى هالكا على ملكه فإذا صالحه على أكثر من قيمته كان بدل الصلح بمقابلة ملكه وليس فيه إبطال حق مستحق شرعا فلا يتمكن فيه الربا وهنا الساكت غير متمكن من استبقاء نصيبه على ملكه ولكن يستحق عليه إزالته عن ملكه بنصف القيمة إما سعاية على العبد أو ضمانا يستوفيه من الشريك

فإذا صالح على أكثر منه كان في هذا الصلح إبطال حق مستحق شرعا توضيحه أن المعتق يرجع على العبد بما يضمن فلو صححنا هذا الصلح رجع على العبد بالزيادة وكما ليس للساكت أن يلزم العبد أكثر من نصف القيمة بالصلح فكذلك لا يكون له أن يلزم من يرجع على العبد

وإن صالحه على عروض أكثر من نصف قيمته فهو جائز لأنه لا يتمكن فيه الربا لاختلاف الجنس بخلاف ما إذا صالح على الذهب أو الورق وإنما لا يجوز هناك أيضا إذا كانت الزيادة بقدر ما لا يتغابن الناس فيه فأما مقدار ما يتغابن الناس فيه عفو لأن ذلك يدخل تحت تقويم المقومين فلا يتيقن بالزيادة

(قال) (وإن صالح العبد على شيء من الحيوان إلى أجل فهو جائز بمنزلة الكتابة) قال عيسى : هذا غلط فإنه استحق السعاية على العبد وهو نصف القيمة فإذا صالح على حيوان كان ذلك بدلا عن نصف القيمة المستحق له

ولا يثبت الحيوان دينا في الذمة بدلا عن ما هو مال ألا ترى أنه لو صالح المعتق على حيوان في الذمة لا يجوز فكذلك إذا صالح العبد وما ذكره في الكتاب أصح لأن نصيب الساكت باق على ملكه

فإذا صالح على حيوان إلى أجل فكأنه كاتبه عليه وهذا لأنه ليس في هذا الصلح إبطال حق مستحق للعبد بخلاف ما إذا صالحه على أكثر من نصف قيمته وبخلاف ما إذا صالح المعتق على الحيوان لأن هناك يملك نصيبه بما يصح العتق عليه والحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عن العتق وإذا أعتقه أحدهما وهو معسر ثم أيسر فلا ضمان عليه لأن صفة اليسار في العتق تعتبر لإيجاب الضمان فإذا انعدم وقت الإعتاق تقرر العتق غير موجب للضمان فلا يصير موجبا بعد ذلك كمن قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات

وإن قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل أعتقت وأنت موسر نظر إلى حاله يوم ظهر العتق إما لأنه كالمنشئ للعتق في الحال أو لأنه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال

فإذا كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى وإن كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو كشرب الرحا مع المستأجر إذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال

فإن تصادقا على أن العتق كان سابقا منه في مدة قد يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في إنكار يساره ولأنه ينكر المعنى الموجب للضمان فهو كإنكاره أصل الإعتاق

(قال) (وإن كان موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك) وروى ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله تعالى - أنه لو قضى القاضي له بالضمان أو رضي به المعتق فليس له أن يستسعي الغلام بعد ذلك وإلا فله ذلك قيل ما ذكره في الكتاب مطلقا محمولا على ذلك التفصيل وقيل بل المسألة على روايتين

وجه ظاهر الرواية : أن المخير بين الشيئين إذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه كالغاصب مع غاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما وهذا لأنه باختياره التضمين يصير مملكا نصيبه من المعتق حتى يكون ولاؤه له والولاء لا يحتمل الفسخ فلا يمكنه الرجوع عنه بعد ذلك ومن ضرورة تمليكه منه إسقاط حقه في السعاية قبل العبد

ووجه رواية محمد - رحمه الله تعالى - أن التمليك منه لا يتم إلا بالقضاء أو الرضا وإن كان ذلك مستحقا شرعا كالتمليك بالأخذ بالشفعة وحقه في الضمان لا يتقرر ما لم يتم التمليك وسقوط حقه في الاستسعاء بناء على تقرر حقه في الضمان

وكان أبو بكر الرازي - رحمه الله تعالى - يقول هكذا ينبغي في الغاصب وغاصب الغاصب أنه إذا اختار تضمين أحدهما فقبل القضاء أو الرضا ممن اختار ضمانه يكون له أن يرجع فيضمنه الآخر فأما إذا اختار استسعاء العبد فليس له أن يضمن الشريك بعد ذلك لأنه ليس فيه تمليك من أحد بل فيه تقرير لملكه وإبراء للمعتق عن الضمان وذلك يتم به كما لو أذن له في أن يعتق نصيبه

ولو أن المعتق رجع على العبد بما لزمه من الضمان ثم أحال الساكت عليه ووكله بقبض السعاية منه اقتضاء من حقه كان جائزا والولاية للمعتق لأنه بمنزلة المكاتب للمعتق والمولى إذا أحال غريما له بدينه على مكاتبه ليقبضه من بدل

الكتابة كان صحيحا وكان صاحب الدين بمنزلة الوكيل يقبض له أولا ثم لنفسه وإن لم يختر شيئا حتى جرحه إنسان كان الأرش عليه للعبد لأنه بمنزلة المكاتب لما عليه من السعاية إما للساكت أو للمعتق

ومن جنى على مكاتبه أو على مكاتب غيره فعليه الأرش يقبضه فيستعين به في سعايته ولا تكون جنايته اختيارا منه للسعاية لأن موجب جنايته لا يختلف بالاستسعاء أو تضمين الشريك فليس فيه ما يدل على اختيار السعاية

وكذلك لو اغتصب منه مالا فيه وفاء بنصف قيمته أو أقرض العبد أو بايعه كان ذلك عليه للعبد لأنه بمنزلة المكاتب له أو لغيره وهو على خياره لأن موجب هذه المعاملة لا يختلف بالاستسعاء والتضمين

ولو أعتق جزءا من عبده أو شقصا منه أو بعضه فعندهما يعتق كله وعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - البيان إليه لأن ما سمي يطلق على القليل والكثير منه فأي مقدار عنى منه يعتق ذلك القدر ويستسعيه فيما بقي

وإن أعتق سهما منه فالسهم في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - السدس كما قال في الوصية بسهم من ماله وقد بينا هذا في الإقرار فيستسعيه في خمسة أسداس

وإذا أعتق أمة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق قيمة نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئا من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئا ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها

وإذا كان العبد بين ثلاثة رهط فأعتق أحدهم نصيبه ودبر الآخر وكاتب الآخر ولا يعلم أيهم أول فنقول : أما على قول أبي حنيفة عتق المعتق في نصيبه نافذ ولا ضمان له على أحد تقدم تصرفه أو تأخر وتدبير المدير في نصيبه أيضا نافذ وهو مخير إن شاء استسعى العبد في ثلث قيمته مدبرا وإن شاء ضمن المعتق فإذا اختار التضمين ضمنه سدس قيمته مدبرا ورجع على العبد بسدس قيمته استحسانا

وفي القياس : ليس له حق التضمين لأن التدبير منه إن سبق فله حق تضمين المعتق وإن تأخر فليس له حق تضمينه والضمان لا يجب بالشك ولأن تدبيره مانع من تمليك نصيبه من المعتق بالضمان وهو شرط التضمين إذا سبق العتق

وفي الاستحسان اعتبر الأحوال فقال : من وجه هو قياس له ثلث قيمته وهو أن يكون التدبير سابقا

ومن وجه : لا يكون ضامنا شيئا فيضمنه سدس القيمة باعتبار الأحوال

ومن وجه : يستسعي العبد فيما بقي وهو سدس القيمة لأنه يستوجب السعاية عليه على كل حال

فأما المكاتب فإن مضى العبد على كتابته يؤدي إليه مال الكتابة والولاء بينهم أثلاثا وإن عجز كان للمكاتب أن يضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه . نصفين إذا كانا موسرين لأنه ليس أحدهما بوجوب الضمان عليه بأولى من الآخر ويرجعان على العبد بما ضمنا ويكون ولاؤه بينهما نصفين

ولم يذكر قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - في الكتاب

وذكر في الزيادات إذا كان العبد بين اثنين أعتقه أحدهما ودبره الآخر ولا يعلم أيهما أول فعلى قول أبي يوسف يترجح العتق على التدبير فيكون ولاؤه للذي أعتقه وللمدبر أن يضمن شريكه نصف قيمته فيما إذا كان موسرا

وعند محمد – رحمه الله تعالى – يجعل كأنهما وقعا معا ثم يغلب العتق فيعتق كله والولاء بينهما وللمدبر أن يعتق نصف قيمته مدبرا إذا عرفنا هذا فنقول الكتابة من الثالث أول عندهما

وعند أبي يوسف – رحمه الله تعالى – يسبق العتق فيكون للمكاتب والمدبر ضمان قيمة الثلثين على المعتق والولاء كله للمعتق

وعند محمد – رحمه الله تعالى – المكاتب يضمن المدبر والمعتق قيمة نصيبه بينهما نصفين كأنهما وقعا معا وقيل بل ذلك في نصيبه خاصة فأما في نصيب المكاتب العتق أقوى من التدبير فإنما يضمن المعتق قيمة نصيبه إذا كان موسرا

وإن كان العبد بين خمسة رهط فأعتق أحدهم ودبر الآخر وكاتب الثالث نصيبه وباع الرابع نصيبه وقبض الثمن وتزوج الخامس على نصيبه ولم يعلم أيهم أول فنقول أما على قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فحكم العتق والتدبير على ما بينا في الفصل الأول إلا أن التضمين والاستسعاء هناك في الثلث وهنا في الخمس لأن نصيب المدبر الخمس هنا

فأما في البيع فإن تصادقا أنه كان بعد العتق والتدبير أو قال البائع كان قبل العتق والعبد في يده وقال المشتري كان بعده فالبيع باطل لأن معتق البعض لا يباع فالمبطل للبيع ظاهر في الحال أو يجعل كأنهما وقعا معا فكان البيع باطلا وإن تصادقا أنه كان قبل العتق والتدبير فالمشتري بالخيار إن شاء نقض البيع لتغير المبيع في ضمان البائع وإن شاء أمضاه وأعتق نصيبه واستسعاه فيكون ولاؤه له وإن شاء ضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه إن كانا موسرين إذ ليس أحدهما بوجوب الضمان عليه بأولى من الآخر ويرجعان به على العبد

وأما المرأة فإن تصادقا أن التزويج كان بعد العتق أو التدبير فالنكاح صحيح ولها خمس قيمته على الزوج لأنه تبين أنه تزوجها على من هو كالمكاتب وإن تصادقا على أن التزويج كان قبل العتق والتدبير فلها الخيار للتغير إن شاءت تركت المسمى وضمنت الزوج خمس قيمته وإن شاءت أجازت وأعتقت واستسعت العبد في خمس قيمته وولاء خمسه لها وإن شاءت ضمنت المعتق والمدبر خمس قيمته نصفين ثم لا تتصدق هي بالزيادة إن كانت بخلاف المشتري لأن المشتري إنما حصل له ذلك بمال فيتصدق بربح حصل لا على ضمانه والمرأة تملكت ذلك لا بأداء مال فلا يظهر الربح في حقها

فأما نصيب المكاتب فهو على ما ذكرنا إن أدى البدل إليه عتق من قبله وإن عجز كان له أن يضمن المدبر والمعتق قيمة نصيبه نصفين إن كانا موسرين وأما عند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – فالجواب في العتق والتدبير على ما قلنا فأما البيع فإن تصادقا أنه كان البيع أولا ثم العتق ثم التدبير فللمشتري الخيار وإذا اختار إمضاء البيع ضمن المعتق خمس قيمته إذا كان موسرا ليس له إلا ذلك وإن تصادقا أنه كان البيع ثم التدبير ثم العتق واختار المشتري الإمضاء للتدبير ضمن المدبر خمس قيمته موسرا كان أو معسرا ليس له إلا ذلك

وأما التزويج فإن تصادقا أنه كان التزويج ثم العتق ثم التدبير فاختارت الإجازة ضمنت المعتق خمس القيمة ليس لها إلا ذلك إذا كان موسرا وإن كان معسرا استسعت الغلام في خمس القيمة وإن كان التزويج ثم التدبير ثم العتق ضمنت المدبر خمس قيمته موسرا كان أو معسرا ليس لها إلا ذلك

وإن تصادقا أن التزويج كان بعد العتق فعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - ترجع على الزوج بخمس القيمة

وعند محمد - رحمه الله تعالى - لها مهر مثلها لأنه ظهر أنه تزوجها على حر

وقد بينا في كتاب النكاح اختلافهما فيما إذا تزوجها على عبد فإذا هو حر فأما الكتابة فهو باطل عندهما كما بينا

وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - للمكاتب أن يضمن المعتق قيمة نصيبه إذا كان معسرا

وعند محمد - رحمه الله تعالى - يضمنه الأقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة على قياس ما يأتي بعد هذا من اختلافهم في المكاتب بين اثنين يعتقه أحدهما

ولو كان في العبد شريك سادس وهب نصيبه لابن له صغير لا يعلم قبل العتق كان أو بعده فالقول فيه قول الأب لأنه هو المملك فإن قال الهبة بعد العتق فهو باطل

وإن قال الهبة قبل العتق فالهبة جائزة ثم يقوم الأب في نصيب الابن مقام الابن أن لو كان بالغا في التضمين أو الاستسعاء وليس له حق الإعتاق فإن كان المعتق والمدبر موسرين ضمنهما سدس قيمته للابن لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة وللأب ولاية الكتابة في مال ولده

وإذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد لم يكن للآخر أن يبيع نصيبه ولا يهبه ولا يمهره لأنه صار بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يحتمل التمليك بشيء من الأسباب فإن كاتبه على أكثر من نصف قيمته طرح الفضل عنه لأن هذا بمنزلة الاستسعاء منه وقد بينا أنه لو استسعاه وصالحه على أكثر من نصف قيمته دراهم أو دنانير فالفضل مردود

وإن كاتبه على عروض أكثر من نصف قيمته جاز كما لو صالحه من السعاية على عروض لأن الفضل لا يتحقق هنا فإن عجز عن الكتابة سقط عنه ما التزم من العروض ويجبر على السعاية في نصف القيمة كما كان قبل الكتابة ولا يكون له أن يضمن الشريك شيئا لأن مكاتبته بمنزلة الاستسعاء منه واختياره السعاية يسقط حقه في تضمين الشريك فليس له أن يرجع فيه فيضمنه شيئا

وكذلك لو كان قال قد اخترت السعاية فليس له أن يضمن الشريك بعد ذلك والخيار في هذا عند السلطان وعند غيره سواء لأن الخيار ثابت للساكت شرعا فمن يختار بنفسه يكون ملتزما إياه ولو لم يختر واحدا منهما حتى يموت المعتق كان للساكت أن يرجع بالضمان في ماله لأن حق التضمين قد ثبت له بالعتق في الصحة فلا يسقط ذلك بموته كسائر ديونه

وإذا باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه على عوض أخذه منه فإن هذا واختيار الضمان سواء في القياس لأنه تمليك لنصيبه منه بعوض يستوفيه منه والتضمين ليس إلا هذا غير أن هذا أفحشهما لأن في التضمين تمليكا حكما بسبب ذلك العتق وفي البيع والهبة بعوض تمليك مبتدأ بسبب ينشآنه في الحال ومعتق البعض لا يحتمل ذلك فباعتبار

السبب كان هذا أفحش وباعتبار حكم السبب كان هذا والتضمين سواء والمقصود الحكم دون السبب إلا أنه إن كان العوض أكثر من نصف القيمة من الدراهم أو الدنانير فالفضل باطل كما بيناه في الصلح

وإن دبر الساكت نصيبه فتدبيره اختيار للسعاية لأن موجب التضمين تمليك نصيبه من صاحبه بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير لأن استحق ولاء نصيبه فكان ذلك إبراء للمعتق عن الضمان واختيارا للسعاية وإن كان العتق بعد التدبير ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا إن كان موسرا لأنه إنما تعذر عليه استدامة الملك في نصيبه بإعتاق المعتق وكان نصيبه عند الإعتاق مدبرا فلهذا ضمنه نصف قيمته مدبرا وإن لم يعلم أيهما أول فهو على القياس والاستحسان الذي بينا في القياس لا ضمان على المعتق وفي الاستحسان يضمن ربع قيمته مدبرا ويرجع به المعتق على العبد وعلى العبد مثل ذلك للمدبر والولاء بينهما

ولو كان العبد بين صغير وكبير فأعتقه الكبير وهو غني وللصغير أب أو وصي فهو قائم مقامه في اختيار التضمين أو الاستسعاء وليس له أن يعتق لأنه تبرع وذلك لا يثبت للأب والوصي في مال الولد فإن لم يكن له أب ولا وصي استؤني به بلوغه ليختار إما الضمان أو الإعتاق أو الاستسعاء وقيل هذا إذا كان في موضع لا قاضي فيه فإن كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما يختار التضمين أو الاستسعاء فإن ذلك أنفع للصبي لأنه يتعذر التصرف في نصيب الصبي من العبد بعد العتق وكذلك إن كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون عليه دين فهو مخير بين الضمان والسعاية وليس له أن يعتق لأنه تبرع لا يحتمله كسب المكاتب والمأذون فأما التضمين والاستسعاء فله ذلك في المكاتب لأن المكاتب يملك أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة فأما في العبد المديون فينبغي أن يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للمأذو ن أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن إبطاله ورنما يكون الاستسعاء أنفع في التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك

وإن كان لا يملك الكتابة ابتداء وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما للمولى لأنه ليس من أهل الولاء فثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى وإن لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى كما يكون بين حرين لأن كسب العبد مملوك للمولى في هذه الحالة وإذا قال أحد الشريكين للعبد إن دخلت المسجد اليوم فأنت حر وقال له الآخر إن لم تدخل المسجد اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال كل واحد منهما حنث صاحبي فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله تعالى – يسقط نصف السعاية عن العبد وعن محمد – رحمه الله تعالى – لا يسقط عنه شيء من السعاية إذا كانا معسرين لأن كل واحد من الشريكين شاهد على صاحبه بالعتق فلا يسقط شيء من السعاية عن العبد إذا كانا معسرين وهذا لأن المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية مجهول والقضاء بالمجهول لا يجوز

ألا ترى أنه لو كان بينهما عبدان سالم ووبزيع فقال أحدهما إن دخلت المسجد اليوم فسالم حر وقال الآخر إن لم تدخل اليوم فبزيع حر فمضى اليوم ولا يدرى أدخل أو لم يدخل لا يسقط شيء من السعاية عن العبد لجهالة المقضي عليه منهما فهذا مثله وهما يقولان تيقن القاضي بحنث أحدهما وسقوط نصف السعاية عن العبد ولا يجوز له أن يقضي بوجوب ما تيقن سقوطه كمن طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ثم مات قبل أن يبين سقط نصف الصداق للتيقن

به وإن كان المقضي عليها منهن مجهولا ولكن لما كان المقضي له معلوما جاز القضاء به فهنا أيضا المقضي له بسقوط نصف السعاية عند معلوم وهو العبد فيجوز القضاء به وإن كان المقضى عليه مجهولا بخلاف العبدين فإن الجهالة هناك في المقضي له والمقضي عليه جميعا فيمتنع القضاء لتفاحش الجهالة وبخلاف ما لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق لأن هناك لم يتيقن بسقوط شيء من السعاية عن العبد لجواز أن يكونا كاذبين في شهادتهما وهنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحد المولِيين حانث لا محالة ثم تخريج المسألة على قول أبي حنيفة أن العبد يسعى في نصف قيمته بينهما نصفين موسرين كانا أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأنه ليس أحدهما بإسقاط حقه في السعاية بأولى من الآخر ويسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فيتوزع الساقط عليهما نصفين ويكون الباقي وهو نصف القيمة بينهما نصفان وعند أبي يوسف – رحمه الله تعالى – إن كانا معسرين فكذلك الجواب وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء لأن كل واحد منهما يدعي الضمان على شريكه ويتبرى من العاية فإن يسار المعتق عنده يمنع وجوب السعاية وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ من السعاية والموسر يقول شريكي معتق وهو معسر فلي حق استسعاء العبد فلهذا يسعى له في ر بع قيمته

وعند محمد – رحمه الله تعالى – إن كانا معسرين يسعى في جميع قيمته بينهما نصفان وإن كانا موسرين لا يسعى لواحد منهما لأن كل واحد منهما تبرأ من السعاية فإن يسار المعتق عنده يمنع وجوب السعاية وإن كان احدهما موسرا والآخر معسرا يسعى في نصف قيمته للموسر منهما لأنه يدعي السعاية عليه ولا يسعى للمعسر في شيء لأنه يتبرأ من السعاية ويدعي الضمان على شريكه فعليه إثباته بالحجة

رجل أعتق عبده عند الموت ولا مال له غيره فأمر العبد موقوف في جنايته وشهادته ونكاحه بغير إذن المولى وهذا بخلاف ما لو وهبه من إنسان في مرضه فإن الهبة تكون صحيحة حتى لو كانت جارية حل للموهوب له وطؤها بعد الاستبراء والأصل أن كل تصرف يحتمل النقض بعد نفوذه فهو نافذ من المريض لقيام ملكه في الحال والهبة من هذا النوع وكل تصرف لا يحتمل النقض بعد نفوذه يتوقف من المريض لأن حاله متردد بين أن يبرأ فيكون متصرفا في حق نفسه أو يموت فيكون متصرفا في حق ورثته ولا يمكن دفع الضرر عن الورثة بالإبطال بعد النفوذ لأن هذا النوع من التصرف لا يحتمل ذلك فيدفع الضرر عنه يتوقف حكم التصرف على ما يتبين في الثاني والعتق من هذا النوع فيوقف منه حتى إذا برئ من مرضه تبين أنه كان نافذا وإن حاله في الجناية والشهادة كحال الحر وإن مات من مرضه وهو يخرج من ثلثه

وكذلك إن لم يكن له مال سواه فعليه السعاية في ثلثي قيمته لأن العتق في المرض وصية لا تنفذ إلا من الثلث وما دام يسعى فهو كالمكاتب لأن سعايته في بدل رقبته فهو بمنزلة معتق البعض يكون كالمكاتب مادام يسعى بخلاف المرهون يعتقه الراهن وهو معسر فهو وإن كان يسعى في الدين إلا أن السعاية هناك ليس في بدل الرقبة بل في الدين الذي هو على الراهن ولهذا يرجع عليه إذا أيسر فلا يمنع سلامة الرقبة له وهنا السعاية في بدل الرقبة فلا تسلم له رقبته ما لم يؤدها

وإذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد في مرضه ثم مات وهو موسر لم يضمن حصة شريكه في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وقالا هو ضامن لشريكه قيمة نصيبه تستوفى من تركته لأن هذا ضمان الإتلاف والإفساد فإذا تقرر سببه من المريض كان هو والصحيح سواء كضمان المغصوب والمتلفات وهذا ضمان التملك فيستوي فيه الصحيح والمريض كالضمان بالاستيلاد والحجر بسبب المرض لا يكون أعلى من الحجر بسبب الرق

ثم المكاتب لو كاتب نصيبه كان ضامنا لنصيب شريكه فالمريض أولى وحجة أبي حنيفة – رحمه الله – ما قال في الكتاب من قبل إن الضمان لو وجب لوجب أن يكون من مال الورثة يعني أن تركته تنتقل إلى ورثته بالموت فلو استوفى ضمان العتق إنما يستوفى من مال الوارث ولا سبب لوجوب هذا الضمان على الوارث (فإن قيل) لا كذلك بل هذا دين لزمه فيمنع انتقال المال إلى وارثه (قلنا) ما لزمه شيء قبل أن يختار الشريك ضمانه ولو لزمه فهذا ليس بدين صحيح يتقرر ألا ترى أن العسرة تمنع وجوبه ومثل هذا الدين لا يمنع ملك الوارث ثم تقريره من وجهين :

أحدهما أن هذا في الصورة دين وفي المعنى صلة لأن وجوبها لإكمال الصلة وهو العتق والصلة وإن تقرر سببها في حياته يجعل كالمضاف إلى ما بعد الموت حتى يتعين من الثلث ولهذا الحرف قال ابن أبي ليلى – رضي الله تعالى عنه – إن كان الضمان يخرج من ثلث ماله يجب وإلا فلا ولكنا نقول لكونه في حكم الصلاة لا يمنع نقل الملك إلى الوارث ولا يجوز استيفاؤه من مال الوارث لما قلنا ولأن المرض أنفى للضمان من الفقر حتى إن الفقر لا يمنع ضمان الكفالة والمرض يمنع منه فيما زاد على الثلث فإذا كان الفقر ينفي وجوب الضمان للعتق أصلا فلأن ينفيه من مرض الموت أصلا أولى وهذا بخلاف المكاتب لأن الضمان هناك يجب في كسبه وهو أحق بكسبه يدا وتصرفا إنما ينعدم بسبب الرق حقيقة الملك والغنى وقد بينا أنه لا معتبر بالغنى في وجوب ضمان العتق إنما المعتبر هو اليسر والأداء على المكاتب متيسر من كسبه والمكاتب فيما يتقر ر منه من أسباب الصلة كالحر

ألا ترى ان المحاباة اليسيرة تصح منه بالإتفاق ومن المريض تعتبر من ثلثه وهذا بخلاف ما لو كان العتق في الصحة فإن الضمان يستوفى من تركته بعد موته لأن السبب هناك تقرر في حال كونه مطلق التصرف في الصلاة فيتقرر وجوبه عليه ألا ترى أنه لو كفل بمال في صحته فهو معتبر من جميع ماله بخلاف ما إذا كفل في مرضه فهذا مثله

وإذا أعتق أحد الشريكين العبد ثم اختلفا فقال المعتق أعتقته وأنا معسر عام أول ثم أصبت مالا بعد ذلك وقال الآخر بل أعتقته عام أول وأنت موسر فالقول قول المعتق لأن حاله يتبدل في مثل هذه المدة وإن أقاما البينه فالبينه بينة الساكت لأنه يثبت اليسار والضمان لنفسه بسببه

وإذا كان العبد بين رجلين فقال أحدهما إن لم أضربه اليوم فهو حر وقال الآخر إن ضربته سوطا فهو حر فضربه سوطين ثم مات منهما ففي المسألة حكمان حكم العتق وحكم الجناية

أما حكم العتق أنه يعتق نصيب الذي لم يضربه لوجود شرط حنثه حين ضربه سوطا وإن كان موسرا فللضارب الخيار بين أن يضمنه نصف قيمته مضروبا سوطا وبين أن يستسعي العبد في ذلك لأنه إنما صار معتقا له وهو منقوص بضرب السوط الأول وقد بينا أن إيجاد الشرط من الضارب لا يسقط حقه في الضمان فلهذا كان له أن يضمنه نصف قيمته مضروبا سوطا

وأما حكم الجناية فإن الضارب يضمن نصف ما نقصه السوط الأول لشريكه في ماله لأن جنايته بضرب السوط الأول لاقى ملكا مشتركا بينهما ثم قد انقطعت سرلية هذه الجناية بالعتق بعدها والجناية على المماليك فيما دون النفس لا تعقله العاقلة فلهذا يضمن له نصف النقصان بالسوط الأول في ماله ثم يضمن ما نقصه السوط الآخر كله لأنه صار بمنزلة المكاتب حين أعتق نصيبه وجنايته على مكاتبه وعلى مكاتب غيره موجبة للضمان عليه ويضمن نصف قيمته بعد السوطين لأنه مات من السوطين جميعا وأحدهما صار هدرا والآخر معتبر فيضمن نصف قيمته مضروبا سوطين ويجمع ذلك مع نقصان السوط الثاني فيكون على العاقلة لأن الجناية الثانية صارت نفسا فما يجب باعتبارها يكون على العاقلة وهذا تركة العبد يستوفي منه الشريك ما ضمن لأنه كان له حق الرجوع على العبد بما ضمن لشريكه فيرجع في تركته بعد موته وما بقي بعده فهو ميراث للمعتق لأن الولاء قد صار في الكل

وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - لا يغرم نقصان السوط الثاني لأنه بعتق البعض عتق كله والنقصان غير معتبر في الجناية على الأحرار ولكن يجب نصف ديته على عاقلته فإن كان له وارث فهو لوارثه وإلا فهو للمعتق ولا يرجع فيه بشيء مما ضمن لشريكه

وإن كان المعتق معسرا فإن الشريك الذي لم يعتق لم يرجع بما غرمه من نقصان السوط الآخر ومن نصف قيمته مضروبا سوطين بل بنصف قيمة العبد لأنه كان له حق استسعاء العبد في ذلك فيستوفيه من تركته وما بقي فهو بين الشريك والمعتق وبين أقرب الناس إلى الضارب من العصبة لأن الولاء بينهما ولكن الضارب قاتل فيكون محروما عن الميراث ويجعل كالميت فيقوم أقرب عصبة مقامه في ذلك وعندهما الواجب نصف الدية يستوفي منه الضارب نصف القيمة وهو السعاية وما بقي فهو كله للمعتق لأن الولاء في الكل له عندهما

وإذا قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فملك مملوكا مع غيره لا يعتق لأن شرط عتقه أن يملك مملوكا مطلقا ونصف المملوك لا يتناوله هذا الاسم فإن اشترى نصيب شريكه عتق لأن الشرط قد تم حين صار الملك في الكل له ولا فرق بين أن يملك المملوك جملة أو متفرقا

وإن باع نصيبه أولا ثم اشترى نصيب شريكه لم يعتق لأنه لم يحصل في ملكه مملوك تام في شيء من أحواله والعرف الظاهر بين الناس أنهم يريدون بهذا اللفظ الملك التام

ولو قال لمملوك بعينه إذا ملكتك فأنت حر فاشترى نصفه ثم باع ثم اشترى النصف الباقي عتق لأن الشرط قد تم حين اشترى النصف الباقي والموجود في ملكه هذا النصف يعتق والقياس في المعين وغير المعين سواء غير أنه استحسن وفرق بينهما بحرفين :

أحدهما أن الوصف في المعين غير معتبر والاحتماع في الملك وصف فيعتبر ذلك في غير المعين ولا يعتبر في المعين

والثاني العادة فإن الإنسان يقول ما ملكت قط مائة درهم ولا يريد بذلك مجتمعا لا متفرقا وفي المعين لا يقول ما ملكت هذه المائة درهم إذا كان ملكها متفرقا

وإن قال إن اشتريته فهو حر فاشتراه شراء فاسدا لم يعتق لأن شرط حنثه تم قبل أن يقبضه ولا ملك له في القبض ألا ترى أنه لو أعتقه لا ينفذ عتقه فإن كان في يده حين اشتراه عتق ومراده إذا كان مضمونا بنفسه في يده حتى ينوب قبضه عن قبض الشراء فيصير متملكا بنفس الشراء فيعتق لوجود الشرط

وإذا جنى المستسعى فهو بمنزلة المكاتب يحكم عليه بالأقل من أرش الجناية ومن قيمته لأن الرق فيه باق وهو أحق بمكاسبه فيكون كالمكاتب في جنايته ألا ترى أنه كالمكاتب في الجناية عليه فإن جنى جناية أخرى بعد الحكم بالأولى حكم في الثانية بمثل ذلك لأن الأولى بالقضاء تحولت إلى كسبه فتتعلق الثانية برقبته وإن لم يكن حكم بالأولى تحاصا في القيمة لأنهما تعلقا برقبته فلا يلزمه باعتبارهما إلا قيمة واحدة وبيان هذه الفصول في كتاب الديات

وإن حفر بئرا في غير ملكه فوقع فيه إنسان فعليه أن يسعى في قيمته لأنه متعد فيه فهو في حكم الضمان كجنايته بيده وإن وقع فيه آخر اشتركوا في تلك القيمة لاستناد الجنايتين إلى سبب واحد وهو الحفر ولا يجب بالسبب الواحد إلا قيمة واحدة

وإن وجد في داره قتيل سعى في قيمته لأن التدبير في حفظ داره إليه فكان حكم القتيل الموجود فيها كحكم الذي جنى عليه بيده وما أفسد من الأموال فهو عليه بالغا ما بلغ لأنه بمنزلة المكاتب في ذلك كله عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – وعندهما هو حر في جميع أحكامه

وإذا أعتق أحد الشريكين الجارية وهي حامل ثم أعتق الآخر مافي بطنها ثم أراد أن يضمن شريكه نصف قيمة الأم لم يكن له ذلك وهذا اختيار منه للسعاية لأنه بإعتاق الجنين استحق ولاءه وهو في حكم جزء من أجزاء الأم

ولو اكتسب سبب الولاء في جزء منها سقط حقه في تضمين الشريك ولأنه منع تمليك ما في بطنها من الشريك بالضمان فلهذا صار مختارا للسعاية

ولو أعتقا جميعا ما في بطنها ثم أعتق أحدهما الأم وهو موسر كان لصاحبه أن يضمنه نصف قيمتها إن شاء لأن بعد إعتاق الجنين كانا يتمكنان من استدامة الملك فيها والتصرف بعد الوضع وقد امتنع على الساكت ذلك باعتاق الشريك وهو موسر فكان له أن يضمنه نصف قيمته إن شاء والحبل نقصان في بنات آدم لا زيادة فإنما يضمنه نصف قيمتها حاملا لأنه أعتقها وهي على هذه الصفة والله أعلم بالصواب ." (١)

" (قال) (وإذا كاتب الرجل عبده في مرضه على مكاتبة مثله ولا مال له غيره ثم مات المولى فإنه يقال للمكاتب عجل الثلثين من المكاتبة والثلث عليك إلى الأجل فإن لم يعجل رد رقيقا) لأن التأجيل تبرع منه والتبرع في مرضه بالتأخير كتبرعه بالإسقاط فلا يصح إلا في ثلثه بخلاف ما إذا كاتبه في صحته لأن تأجيله هناك صحيح مطلقا لكونه مالكا للتبرع بالإسقاط في صحته ولا يبطل الأجل بموت المولى لأنه حق المكاتب

وإن كان كاتبه على أكثر من قيمته أضعافا فكذلك الجواب في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة وفي قول محمد – رضوان الله عليهم أجمعين – تأجيله فيما زاد على مقدار قيمته صحيح وكذلك في قدر ثلث قيمته وإنما يلزمه

---

(١) المبسوط، ٦٣/٥

أن يعجل قدر ثلثي قيمته لأن ما زاد على قدر قيمته فقد كان للمريض أن لا يتملكه أصلا ولا يثبت حق ورثته فيه بأن يكاتبه على قيمته فإذا تملكه مؤجلا صح تأجيله مطلقا كالمريضة إذا زوجت نفسها بمهر مؤجل صح تأجيلها في ذلك لأن لها أن لا تتملك ذلك أصلا بأن لا تزوج نفسها أصلا وهما يقولان جميع البدل مسمى في الكتابة بمقابلة ما هو حق للمولى في رقبته فلا يصح التأخير إلا في ثلثه كما لو كاتبه على قيمته وهذا لأن حق المولى في مالية الرقبة وقد تعلق به حق الورثة في ذلك فكان جميع البدل بمقابلة ما تعلق به حق الورثة فلهذا لا يصح التأجيل إلا في ثلثه

بخلاف المهر فإنه بدل عما لا حق للوارث فيه وإنما يثبت حق الوارث فيه ابتداء فإذا كان مؤجلا لم يثبت حقهم إلا بتلك الصفة ولو كاتبه في مرضه على مكاتبة مثله ثم أقر باستيفائها لم يصدق إلا من الثلث لأن ما باشره في المرض من المكاتبة والإقرار بالاستيفاء بمنزلة الإعتاق ولأنه يتمكن تهمة المواضعة من حيث أنه لما علم أنه لو أعتقه كان من ثلثه واضعه على هذا ليحصل مقصوده بهذا الطريق فلا يصدق في حق الورثة ولكن إن كان عليه دين يحيط بماله لا يصدق في شيء إلا أن العبد يعتق ويؤخذ بالكتابة كما لو أعتقه وإن لم يكن عليه دين وهو يخرج من ثلث ماله فهو حر ولا شيء عليه

وإن لم يكن له مال سواه فعليه السعاية في الثلثين في المكاتبة للورثة إلا أن تكون قيمته أقل فحينئذ يسعى في ثلثي قيمته لأن تهمة المواضعة إنما تمكنت في مقدار القيمة ولا تتمكن في الزيادة على ذلك فيصح إقراره باستيفائه ويجعل هذا وإعتاقه في مرضه ابتداء سواء وكذلك لو أقر أنه كان كاتبه في صحته واستوفى لأن إقراره لا يصح في المرض إلا بما يملك إنشاءه وتتمكن فيه تهمة المواضعة كما بينا وإن كاتبه في صحته ثم أقر في مرضه بالاستيفاء صدق في ذلك لأن تهمة المواضعة هنا منتفية حين باشر العقد في صحته لتمكنه من إعتاقه يومئذ

ثم المكاتب يستحق براءة ذمته عند إقراره بالاستيفاء فلا يبطل ذلك الاستحقاق بمرضه بخلاف ما إذا كاتبه في مرضه ألا ترى أنه لو باعه في صحته من إنسان ثم أقر في مرضه باستيفاء الثمن كان مصدقا في حق غرماء الصحة بخلاف ما لو كان باعه في مرضه

ولو أن مكاتبا أقر عند موته أنه كاتب عبده فلانا واستوفى مكاتبته لم يجز قوله لأن هذا بمنزلة الإعتاق والمكاتب لا يملك ذلك أصلا ولأن هذا من الحر صحيح من ثلثه وليس للمكاتب ثلث فلهذا كان على الآخر أن يسعى في جميع المكاتبة

وكذلك لو كاتبه في مرضه بأقل من قيمته لم يجز لأن محاباته وصية والوصية من المكاتب باطلة ولو كاتبه على مكاتبة مثله أمر الآخر أن يعجل مكاتبته كلها وإلا رد في الرق لأن تأجيله تبرع منه والمكاتب المريض ليس من أهله فإن برأ من مرضه صح ذلك منه لأن المرض إذا تعقبه برء فهو كحالة الصحة

ولو أوصى رجل فقال كاتبوا عبدي على كذا إلى أجل كذا إن حدث بي الموت وذلك كتابة مثله أجزت ذلك إن كان يخرج من الثلث كما لو باشره بنفسه لأنه أوصى بما هو من حاجته وقصد به استحقاق ولاية فهو كما لو أوصى بعتقه وإن لم يكن له مال غيره عرضت عليه أن يعجل الثلثين ويؤخر الثلث إن قبل الكتابة كما لو باشره في حياته فإن

أبى لم يكاتب لأن عقد الكتابة لم يتم بدون رضاه وكذلك إن حط عنه منها شيئا يكون أكثر من الثلث ولو كان مكاتب أوصى بهذا في عبده لم يجز لأنه وصية ولا يجوز للمكاتب أن يوصي بشيء وإن ترك وفاء

ولو كاتب رجل عبده في مرضه ولا مال له غيره فأجاز الورثة في حياته فلهم أن يمتنعوا من الإجازة بعد موته كما في سائر الوصايا وهذا لأنهم أجازوا قبل تقرر حقهم لأن حقهم إنما يثبت في الحقيقة بعد موت المولى ولأن إجازتهم في الحياة للاستحياء منه فلا يكون ذلك دليل الرضا منهم وإنما دليل الرضا الإجازة بعد الموت

(قال) (وإن كاتب المرتد عبده فكتابته موقوفة إن أسلم جاز وإن قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -) وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى -كتابته جائزة إلا أن عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - تجوز جوازها من الأصحاء وعند محمد - رحمه الله تعالى - من المريض حتى تعتبر من ثلثه وهو بمنزلة اختلافهم في سائر تصرفات المرتد

وإذا قسم القاضي مال المرتد بين ورثته ثم كاتب الوارث عبدا من تركته ثم تاب المرتد ورجع فوجد المكاتب فهو مكاتب له يؤدي إليه ويعتق وولاؤه له كأنه هو الذي كتابته

وعلى قول زفر - رحمه الله تعالى - لا سبيل له عليه لأن الوارث بتصرفه استحق ولاءه فكأنه أعتقه ولأن المكاتب غير محتمل للنقل من ملك إلى ملك فلا يعود إليه من ملك الوارث كالمدبر وأم الولد

ولكنا نقول استحقاق العتق لا يثبت بنفس الكتابة ولهذا كان محتملا للفسخ والمرتد إذا تاب لا يتملك ماله على الوارث ولكنه يعود إلى قديم ملكه كما كان وعقد الكتابة لا يمنع من ذلك . ألا ترى أن المكاتب إذا كاتب عبدا له ثم عجز الأول كان الثاني مكاتبا للمولى ويجعل كأن الأول كان نائبا عن المولى في مكاتبته فكذلك هنا يجعل الوارث كالنائب عنه في مكاتبته وكتابة المرتدة وعتقها وبيعها جائز كما يكون في الإسلام لأن نفسها تتوقف بالردة حتى لا تقتل فكذلك ملكها بخلاف المرتد عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وإن كاتبت على خمر أو خنزير فإني أبطل ذلك ولا أجيز عليها إلا ما يجوز منها قبل الردة لأنها مجبرة على الإسلام فكان حكم الإسلام باقيا في حقها

وإذا ارتد العبد والمولى مسلم فكاتبه جاز لأن المانع من نفوذ تصرف المرتد توقف ملكه على حق ورثته وذلك لا يوجد في العبد ولأنه محض منفعة في حقه بمنزلة قبول الهبة

فإن قتل وترك مالا أخذت الكتابة من ماله والباقي ميراث لورثته لأنه حكم بحريته مستندا إلى حال حياته . والمرتد الحر يرثه الورثة المسلمون

وكذلك لو ترك ولدا ولد له في المكاتبة يسعى فيما عليه لأن موته عمن يؤدي بدل الكتابة كموته عما يؤدي به بدل الكتابة وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ أسيرا فأبى أن يسلم فإنه يقتل ويستوفي مولاه من كسبه مكاتبته والباقي ميراث استحسانا وكان القياس أن يكون كله لمولاه إن كان عبدا

وإن كان حرا فهو فيء لأنه كسب ردته وأبو حنيفة - رحمه الله - لا يقول بتوريث كسب الردة عن المرتد إذا كان حرا ولكن يجعل ذلك فيئا للمسلمين فكذلك في المكاتب ولكنه استحسن هنا فقال في كسب المكاتب حق

لمولاه على معنى أنه متى عجز كان كسبه لمولاه والمولي مسلم فقيام حقه يمنع من أن يكون كسبه فيئا فلهذا يجعل هذا وما اكتسبه في حالة الإسلام سواء يؤدي منه بدل كتابته ويكون الباقي ميراثا لورثته

وإذا لحق المكاتب بدار الحرب مرتدا وخلف في دار الإسلام ابنا له ولد في كتابته فلا سبيل على ابنه حتى ينظر ما يصنع المكاتب فإن مات أو قتل عن وفاء أديت كتابته والباقي ميراث لابنه وإن لم يترك وفاء سعى الابن فيما على أبيه

وكذلك لو لم يترك في دار الإسلام ولدا ولكنه خلف مالا لم أقسم ماله حتى أنظر ما يصنع

(وعلى قول زفر – رحمه الله تعالى – يؤدي مكاتبته من ماله ويجعل الباقي ميراثا لورثته لأن لحوقه بدار الحرب كموته . ألا ترى أن في حق الحر يجعل هذا كالموت في قسمة ماله بين ورثته فكذلك في حق المكاتب)

ولكنا نقول : لحوقه بدار الحرب ليس بموت بعينه ولكن باعتبار أنه يصير حربيا وأهل الحرب في حق المسلمين كالموتى يجعل ميتا حكما وهذا لا يوجد في حق المكاتب لأن ملك المولى في رقبته باق وقيام ملك المسلم في رقبة العبد يمنعه من أن يصير حربيا فإذا لم يصر حربيا كان هو بمنزلة المتردد في دار الإسلام والحكم فيه إذا كان مترددا في دار الإسلام ما بينا فكذلك بعد لحاقه ولو لم يلتحق بدار الحرب ولكن أهل الحرب أسروه فباعوه من رجل فأعتقه فذلك باطل لأنهم بالأسر ما ملكوه فإن المكاتب لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك وإنما يملك بالاستيلاء ما يحتمل النقل من ملك إلى ملك وإذا لم يملكوه بالأسر لا يملكه المشتري منهم فكان إعتاقه إياه باطلا

وإن كان المشتري اشتراه بأمره رجع عليه بالثمن لأنه مكاتب على حاله فيصح أمره المشتري بشرائه في كسبه كما يصح أمر الحر الأسير بذلك فيرجع عليه بما أدى لأنه أدى مال نفسه في تخليصه بأمره وإن كان أصابه المسلمون في غنيمة أخذه مولاه بغير شيء قبل القسمة وبعدها وهو مكاتب على حاله لأن الكفار لم يملكوه بالأسر فلا يملكه المسلمون أيضا وكذلك الجواب في أم الولد والمدبر

وإن كاتب الحربي المستأمن عبدا في دار الإسلام فهو جائز كما لو أعتقه بمال أو بغير مال فإن مات عن مال أديت كتابته والباقي ميراث للحربي إن جاء بالعبد من دار الحرب لأنه مولاه وهو حربي مثله . ألا ترى أنه كان متمكنا من الرجوع إلى دار الحرب والحربي يرث الحربي وإن كان اشتراه في دار الإسلام وهو مسلم أو كافر كان الباقي لبيت المال لأن الحربي لا يرث المسلم ولا المعاهد والعبد الكافر الذي اشتراه في دار الإسلام بمنزلة المعاهد حتى لو عتق كان معاهدا لا يترك ليرجع إلى دار الحرب ولا يرثه الحربي بخلاف العبد الحربي فإنه لو عتق فهو حربي على حاله فيرثه الحربي فإن لحق الحربي بدار الحرب فالمكاتب مكاتب على حاله لأن حكم الأمان باق فيما خلفه في دار الإسلام فإن بعث بما عليه إليه عتق لبراءة ذمته وإن ظهر المسلمون على الدار فقتل الحربي أو أسر عتق المكاتب لبراءة ذمته عن بدل الكتابة فإنه لم يبق للمولى ولا لورثته حق مرعي بعد ما قتل أو أسر ولم يخلفه السابي في ملك بدل الكتابة لأن الدين في الذمة لا يتصور ورود القهر عليه والملك للسابي بطريق القهر ولأن يد المكاتب فيما في ذمته أسبق فيملك ما في ذمته وتسقط عنه المكاتبة فلهذا عتق وكذلك إن أسر من غير أن يظهروا على الدار لأن نفسه بالأسر قد تبدل وخرج من أن يكون أهلا لملك المال ولم يخلفه وارثه في ذلك لبقائه حيا في حق ورثته

فأما إذا قتل ولم يظهر المسلمون على الدار فالكتابة دين عليه يؤديه إلى ورثة مولاه لأنهم يخلفونه فيما كان لمولاه حين لم يقع الظهور عليهم وكما وجب عليه مراعاة الأمان فيما خلفه في دار الإسلام لحقه فكذلك يجب مراعاته لحق ورثته

حربي كاتب عبده في دار الحرب ثم أسلما جميعا أو صارا ذمة أجزت ذلك لأن الكتابة تعتمد **التراضي** كالبيع والشراء فكما يبقى بيعهم وشراؤهم بعد إسلامهم فكذلك الكتابة فإن خرجا مستأمنين والعبد في يديه على حاله فخاصمه في المكاتبة أبطلتها كما أبطل العتق والتدبير في دار الحرب منهم إذا خرجوا بأمان . ألا ترى أن رجلا منهم لو قهر رجلا فأسراه ثم خرج إلينا وهو في يديه كان له أن يبيعه فكذلك المكاتب لأنه في حكم القاهر لمولاه فيما في ذمته فلهذا بطلت المكاتبة وإن كان المولى قاهرا حين أخرجه إلى دار الإسلام فهو عبده كما لو كان أعتقه ثم قهره هو أو غيره وأخرجه إلى دار الإسلام كان عبدا له

ولو كاتبه ثم خرج العبد مسلما عتق وبطلت عنه الكتابة لأنه قهر لمولاه حين أحرز نفسه بدار الإسلام مسلما أو ذميا

ولو فعل ذلك وهو عبد ملك نفسه حتى يعتق فكذلك إذا فعله وهو مكاتب يملك ما في ذمته فيسقط عنه ويكون حرا مسلم

تاجر في دار الحرب كاتب عبده أو أعتقه أو دبره كان جائزا استحسانا وفي القياس لا يجوز شيء من ذلك منه لأنه فعله حيث لا يجري حكم المسلمين وتنفيذ هذه التصرفات من أحكام المسلمين

ووجه الاستحسان أنه مسلم ملتزم لأحكام الإسلام وإن كان في دار الحرب وكذلك العبد مسلم ليس بمحل الاسترقاق بعد حق العتق أو حقيقته فوجود هذا التصرف منهما في دار الحرب كوجوده في دار الإسلام وكذلك لو كان العبد كافرا قد اشتراه في دار الإسلام لأن الذمي في أنه ليس بمحل الاسترقاق كالمسلم فإن كان العبد كافرا قد اشتراه في دار الحرب وكاتبه فأدى وعتق ثم أسلم أجزته على المسلم استحسانا

وفي القياس هو عبد له لأنه معتق له بالكتابة واستيفاء البدل فكأنه أعتقه قصدا وقد بينا أن إعتاق المسلم العبد الحربي في دار الحرب لا يجوز لأن غرضه الاسترقاق فلا ينفذ العتق فيه من المسلم كما لا ينفذ من الحربي وللاستحسان فيه وجهان :

أحدهما : أن المسلم ضمن له ترك التعرض له بعدما يؤدي بدل الكتابة إليه فعليه الوفاء بما ضمن لأن التحرز عن الغدر واجب على المسلم في دار الحرب . ألا ترى أنه لا يحل له أن يأخذ شيئا من أموالهم سرا فللوفاء بما ضمن جعلنا حرا

والثاني : أن المسلم إنما يتم بالقهر إذا أحرزه بدار الإسلام وذلك لا يوجد منه هنا لأن دار الحرب ليس بدار له فلا يتملكه قبل الإسلام وبعد الإسلام يستحيل أن يتملك الحر المسلم بالقهر وعلى هذا الطريق الاستحسان في الكتابة والعتق جميعا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) رضي الله عنه (قد بينا أن للمكاتب أن يكاتب استحسانا فإن أعتقه بعد الكتابة لم ينفذ عتقه كما قبله) لأنه لا يملكه حقيقة وهو متبرع في إعتاقه وكذلك إن وهب له نصف المكاتبة أو كلها لأنه إبراء بطريق التبرع وكذلك لو قال المكاتب لعبده إذا أعطيتني ألف درهم فأنت حر فهذا باطل ولو أدى لم يعتق لأن تعليق العتق بالشرط لا يصح ممن ليس بأهل للتنجيز كالصبي وهذا بخلاف الكتابة لأنه عقد معاوضة بمنزلة البيع أو أنفع منه في حق المكاتب ولهذا احتمل الفسخ **بالتراضي** ولو اعتبر معنى التعليق فيه لم يحتمل الفسخ . مكاتب كاتب جاريته ثم وطئها فعلقت منه فإن شاءت مضت على الكتابة لأن الاستيلاد لا ينافي ابتداء الكتابة فكذلك بقاءها وإذا اختارت ذلك أخذت عقرها لأن المكاتب فيما يلزمه من العقر بالوطء كالحر وقد بينا أن الحر إذا وطئ مكاتبته يلزمه عقرها لأنها صارت أحق بنفسها فكذلك المكاتب وإن شاءت عجزت نفسها فتكون بمنزلة أم ولده لا يبيعها كما لو استولد المكاتب جاريته فإن عجزت نفسها فأعتقها المولى لم يجز كما لو أعتق جارية من كسب مكاتبه بخلاف ما لو أعتق ولدها لأن الولد داخل في كتابته حتى يعتق بعتقه فيكون مملوكا للمولى فأما الأم لم تدخل في كتابته . ألا ترى أنها لا تعتق بعتقه ولكنها أم ولد له يطأها ويستخدمها فلم تصر مملوكة للمولى لأن ثبوت ملك المولى لضرورة التبعية في الكتابة وامتناع بيعها لأنها تابعة للولد في هذا الحكم لا أنها داخلة في الكتابة

وإن مات الولد لم يكن للمكاتب أن يبيعها أيضا لأن امتناع البيع فيها كان تبعا لحق الولد وحق الولد بموته لا يبطل فكذلك حق الأم وإنما امتنع بيعها تبعا لثبوت نسب ولدها منه وذلك باق بعد موته

مكاتب كاتب جاريته ثم استولدها المولى فعليه العقر لها لأنها صارت أحق بنفسها والولد مع أمه بمنزلتها لأنه جزء منها وقد بينا في كتاب العتق أنه لا يمكن الحكم بحرية ولدها مجانا ولا بالقيمة فإن عجزت أخذ المولى الولد بالقيمة استحسانا لأنها بالعجز صارت أمة قنة للمكاتب والمولى إذا استولد أمة مكاتبه يكون الولد حرا بالقيمة استحسانا والجارية مملوكة للمكاتب بمنزلة المغرور

وإن كان المكاتب هو الذي وطئها ثم مات ولم يترك مالا فإن لم تلد مضت على الكتابة لأن المكاتب مات عن وفاء باعتبار ما عليها من البدل وقد بينا أن الوفاء بمال هو دين له معتبر كالوفاء بالمال العين

وإن كانت ولدت خيرت فإن شاءت رفضت مكاتبتها وسعت هي وولدها في مكاتبة الأول وإن شاءت مضت على مكاتبتها لأنه تلقاها جهتا حرية إما أداء كتابة نفسها لتعتق مع ولدها به أو أداء كتابة المكاتب بعد رفض مكاتبتها لأنها بمنزلة أم الولد والمكاتب إذا مات عن أم ولد له ومعها ولد مولود في الكتابة سعت هي مع ولدها في المكاتبة ويعتقان بالأداء فهذا مثله

---

(١) المبسوط، ١٠١/٥

ولو كان ترك مالا فيه وفاء بالمكاتبة أديت مكاتبته وحكم بحريته وحرية ولده وتبطل المكاتبة عنها لأنها صارت أم ولد للمكاتب فعتق بموته حين حكمنا بحريته ووقع الاستغناء لها عن أداء مكاتبتها وإن عجزت هي . والمولى هو المدعي للولد والمكاتب الأول ميت فالولد حر وعلى المولى قيمته لأن كتابة المكاتب باق بعد موته للوفاء بها وبولدها

وقد بينا أنها لو عجزت في حياة المكاتب أخذ المولى ابنه بالقيمة فكذلك بعد موته وإن كان بالقيمة وفاء بالمكاتبة عتق المكاتب لأن المولى صار مستوفيا لبدل الكتابة بالمقاصة وكانت الأم مملوكة لورثة المكاتب إن كان له وارث سوى المولى وإن لم يكن صارت للمولى بالإرث وكانت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب

(مكاتب كاتب عبده ثم كاتب عبده أمته فاستولدها المكاتب الأول أخذت منه عقرها لما سقط الحد عنده بشبهة حق الملك له فيها بعد عجزها وعجز من كاتبها ومضت على كتابتها) لأنها أحق بنفسها ومكاسبها وولدها بمنزلتها لأنه جزء منها فإن عجزت كان الولد للمكاتب الأول بالقيمة لأن حق المكاتب في كسب مكاتبه كحق الحر فإن الثابت له حق الملك وفي حق الملك المكاتب والحر سواء فكما أن الحر يأخذ ولده بالقيمة في هذه الصورة استحسانا فكذلك المكاتب إلا أن الحر إذا أخذه بالقيمة كان حرا مثله والمكاتب إذا أخذه بالقيمة كان مثله أيضا داخلا في كتابته لأن كسب المكاتب يحتمل المكتابة ولا يحتمل الحرية فإن أعتق المولى هذا الولد نفذ عتقه لما دخل في كتابته صار ملكا للمولى فإن كاتب المكاتب عبده ثم كاتب الثاني أيضا عبدا له ثم عجز الأوسط فالمكاتب الآخر يصير للمكاتب الأول لأن الأوسط صار عبدا قنا له ومكاتبه أ يضا يصير مكاتبا له ولا يكون عجز الأوسط عجزا للآخر فإذا أدى عتق وإن عجز كان عبدا له

ثم ذكر مسألة العتاق : إذا ولدت المكاتبة بنتا ثم ولدت الابنة بنتا ثم أعتق المولى إحداهن وقد بينا ذلك بتمامه هناك

(رجل كاتب جاريتين له مكاتبة واحدة ثم استولد إحداهما فالولد حر والأم مع الجارية الأخرى مكاتبة كما كانت ولا خيار لها في ذلك) بخلاف ما إذا كاتب مكاتبة وحدها لأن هناك لها أن تعجز نفسها قبل الاستيلاد وتفسخ الكتابة به فكذلك بعد الاستيلاد وهنا لم يكن لها أن تعجز نفسها قبل الاستيلاد وتفسخ الكتابة لحق الأخرى فإنهما كشخص واحد فلا يظهر العجز في حق إحداهما دون الأخرى . ألا ترى أن الأخرى لو أدت المكاتبة بعد ما عجزت هذه نفسها عتقا فلهذا لا تخير وكذلك لو كانت إحداهما ولدت بنتا فاستولد السيد البنت لم تصر أم ولد له والولد حر بغير قيمة لأن المكاتبة تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وأولادها وأولاد أولادها وفي هذا تحصيل مقصودها ولأنه لو تحقق عجزها كان ولد الولد حرا بغير قيمة لثبوت نسبه فكذلك قبل عجزها . ومعنى قوله أن الابنة لا تصير أم ولد أنه لا يبطل عنها حكم تبعية الأم في الكتابة لأن مقصود الأم في حقها لا يحصل بالاستيلاد . ألا ترى أنا لو أخرجناها من المكاتبة وجعلناها أم ولد للمولى لم تعتق بأداء المال لأن في هذا تفويت مقصوده فلهذا أبقينا حكم الكتابة فيها حتى تعتق الأم بالأداء

(مكاتبة كاتبت عبدا ثم ولدت ولدا ثم ماتت ولم تدع شيئا) قال (يسعى الولد فيما على أمه) لأنه مولود في كتابتها ولا يجوز أن يعتبر ما على المكاتب في إسقاط السعاية عنه لأن ذلك دين لا يمكن أداء كتابتها منه قبل حله .

ألا ترى أنه لو كان لها على حر دين إلى أجل قضى على الولد بالسعاية فكذلك هنا فإن كان نجم الكتابة إلى سنة فقضى على الولد بالسعاية فعجز عنها عند حله قبل حلول ما على المكاتب أو قبل حلول الدين الذي على الأجنبي فإنه يرد في الرق لأنه قائم مقام الأم

ولو عجزت هي في حياتها عن أداء نجم حل عليها ردت في الرق ولا يلتفت إلى مالها من الدين المؤجل على غيرها لأنها لا تصل إلى ذلك إلا بعد حله فقبل الحلول بمنزلة المعدوم في تحقق عجزها حتى ترد في الرق فكذلك ولدها بعد موتها فإن رد في الرق ثم خرج الدين من الأجنبي أو المكاتب فهو للمولى والولد رقيق له لأن كتابتها قد بطلت بقضاء القاضي برد الولد في الرق فهذا المال كسب أمته فيكون للمولى مع ولدها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) (وإذا كاتب الرجلان عبدهما مكاتبة واحدة فأدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه منه ما لم يؤد جميع المكاتبة إليهما) لأن العقد واحد في حق المكاتب فلا يعتق شيء منها بأداء بعض البدل كما لو كان لرجل واحد وهذا لأن المقبوض غير سالم للقابض بل لشريكه أن يستوفي منه نصفه لأنه مال وجب لهما بسبب واحد عوضا عما هو مشترك بينهما فكان أداؤه إلى أحدهما كأدائه إليهما وإن أعتقه أحدهما جاز لأنه مالك لنصيبه متمكن من إعتاقه بعد الكتابة كما كان متمكنا منه قبل ذلك

وكذلك إن وهب له نصيبه من المكاتبة أو أبرأه عنه عتق لأنه لو كان مالكا لجميعه كان معتقا له بإبرائه عن جميع البدل فكذلك إذا كان مالكا لبعضه كان معتقا لحصته بإبرائه إياه عن حصته من البدل بمنزلة ما لو قال له أنت حر بخلاف ما لو استوفى حصته وهذا لأن ما أسقط بالهبة والإبراء نصيبه خاصة فيتحقق به براءة ذمة المكاتب عن نصيبه فأما المستوفي ليس بنصيبه خاصة حتى كان لشريكه أن يشاركه فلا يتم براءة ذمته عن نصيبه بهذا الاستيفاء

وكذلك إن سلم الشريك للقابض ما قبض أو كان قبض نصيبه بإذن شريكه لأنه لا يتم سلامة المقبوض له بهذا أيضا حتى لو عجز الغلام كان المأخوذ بينهما نصفين وهذا لأنه إنما سلم المقبوض بشرط أن يسلم له ما في ذمة المكاتب فإذا فات شرطه بالعجز رجع بنصف ما قبض كالمحال عليه إذا مات مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل

ثم المكاتب بالخيار بعد إعتاق أحدهما إياه إن شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة والعتق في قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وبين العتق والسعاية إن كان المعتق معسرا لأنه بتعجيزه نفسه انفسخت الكتابة فيكون حكمه حكم عبد مشترك بين اثنين يعتقه أحدهما

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - يضمن المعتق نصف قيمته إن كان موسرا ويسعى العبد في نصف قيمته إن كان معسرا كما هو مذهبه في العبد المشترك

---

(١) المبسوط، ٩/٦

وعلى قول محمد – رحمه الله – يضمن الأقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من الكتابة وكذلك يسعى العبد في الأقل عند عسرة المعتق لأن وجوب الضمان والسعاية لدفع الضرر عن الشريك ويندفع الضرر عنه بإيجاب الأقل كأن حقه وقت الإعتاق كان في الأقل . ألا ترى أنه يعتق نصيبه باتصال ذلك إليه والضرر يندفع عنه باتصال حقه إليه

وأبو يوسف – رحمه الله تعالى – يقول : اعتبار الأقل بحكم بقاء الكتابة وحين عجز نفسه فقد انفسخت الكتابة فكان حق الساكت في نصف العبد عينا ولا يندفع الضرر عنه إلا باتصال نصف القيمة إليه ولا معنى لاعتبار الأقل بعد ذلك وإن اختار المضي على المكاتبة ثم مات عن مال كثير أخذ المولى الذي لم يعتق نصف المكاتبة من ماله كما كان يطالبه به في حياته ثم الباقي بعد ذلك لورثته

وإذا كاتب الرجلان عبدين بينهما مكاتبة واحدة إن أديا عتقا وإن عجزا ردا فإنه يكون كل واحد منهما مكاتبا بينهما على حدة بحصته وذلك بأن يقسم المسمى على قيمتهما فيكون كل واحد منهما مكاتبا بحصته

وإذا أدى أحدهما حصته إليهما عتق بخلاف ما لو كانا لرجل واحد لأن هناك كل واحد منهما يمكن أن يجعل ملتزما لجميع البدل البعض بطريق الأصالة والبعض بطريق الكفالة مراعاة لشرط المولى والمالك واحد فلا يكون ذلك منهما كفالة على الحقيقة فأما هنا نصف كل واحد منهما لمالك على حدة فلو جعلنا كل واحد منهما مطالبا بجميع البدل كان بحكم الكفالة في البعض وفي نصف ذلك كفالة من كل واحد منهما عن مملوك هو لغير مولاه فيكون كفالة حقيقة ولا تصح الكفالة من المكاتب ولا ببدل الكتابة فلهذا كان كل واحد منهما مطالبا بحصته خاصة يعتق بأداء ذلك إليهما كما لو كاتبه كل واحد منهما بعقد على حدة

عبد بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه فللشريك أن يرد المكاتبة (وقال ابن أبي ليلى – رحمه الله تعالى – : ليس له ذلك بمنزلة ما لو أعتق أحدهما نصيبه أو بمنزلة ما لو باع أحدهما نصيبه لأن تصرف المكاتب لاقى خالص ملكه) ولكنا نقول هذا عقد محتمل للفسخ وفي إبقائه ضرر على الشريك الآخر أما في الحال فلأنه يتعذر عليه بيع نصيبه وأما بعد الأداء فلأنه يتعذر عليه استدامة الملك في نصيبه فلدفع الضرر عن نفسه يتمكن من فسخ عقد شريكه وإذا جاز فسخ الكتابة لدفع الضرر عن المتعاقدين فلأن يجوز فسخه لدفع الضرر عن غيرهما ممن لم يرض بعقدهما أولى ولا يبعد أن يلاقي تصرف الإنسان ملكه ثم للغير أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه كالراهن يبيع المرهون أو الآجر يبيع المؤاجر

فإن أعتقه الشريك الآخر بعد ذلك نفذ عتقه عندنا

وقال ابن أبي ليلى لا ينفذ عتقه حتى ينظر ماذا يصنع في المكاتبة فإن أداها عتق وضمن الذي كاتبه نصيب شريكه والولاء كله له وإن عجز ينفذ عتقه وهذا بناء على أصله أن الكتابة لا تتجزأ وأن المولى بعقد الكتابة يستحق الولاء فإذا صار المكاتب مستحقا لجميع ولائه لا يملك الآخر إبطاله عليه بالإعتاق ولكن يتوقف حكم إعتاقه لتوقف ملكه في نصيبه فإن أدى الكتابة تبين أن نصيب الشريك كان منتقلا إلى المكاتب فيضمن المكاتب له نصف قيمته والولاء كله له وإن عجز تبين أنه كان مشتركا بينهما فينفذ عتق المعتق في نصيبه

فأما عندنا نصيب الشريك باق على ملكه عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – غير مكاتب وعندهما مكاتب كان متمكنا من فسخ الكتابة فيعتق نصيبه بإعتاقه

وإذا أعتق فالمكاتب بالخيار في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – إن شاء مضى على الكتابة وأدى البدل وكان ولاؤه لهما

وإذا اختار ذلك فليس للمكاتب أن يضمن المعتق شيئا لأنه ما أتلف عليه شيئا من حقه وإن شاء عجز نفسه فعند ذلك يخير الذي كاتبه بين عتقه واستسعائه وتضمين شريكه لما بينا

وعندهما : يعتق كله بإعتاق أحدهما وإن كان المعتق موسرا فللآخر حق التضمين فإن كان معسرا فللآخر حق الاستسعاء على ما بينا من الاختلاف بينهما وعلى هذا لو كاتب الآخر نصيبه أيضا عند ابن أبي ليلى لا ينفذ منه وعندنا ينفذ ويكون مكاتبا بينهما وليس للمكاتب الأول أن يفسخ عقد الثاني وإن باشره بغير إذنه لأن ثبوت حق الفسخ لمعنى دفع الضرر ولا ضرر عليه هنا لأن نصيبه مكاتب

ثم المسألة في كتابة أحد الشريكين على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون بغير إذن شريكه ويستوفي البدل قبل أن يفسخ الشريك الكتابة فنقول على قول أبي حنيفة – رحمه الله – يعتق نصيبه لوجود شرط العتق وهو أداء البدل ثم يكون للساكت أن يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من العبد لأن المؤدي كسبه وكسبه كان مشتركا بينهما فله أن يأخذ نصف ذلك منه ونصف ما بقي من الكسب في يد العبد أيضا ثم يرجع المكاتب على العبد بما أخذه منه شريكه لأن جميع البدل كان بمقابلة نصيبه وقد سلم نصيبه للعبد أيضا ولم يسلم للمولى نصف البدل فيرجع به عليه كما لو استحقه مستحق آخر من يده ثم إن كان المكاتب موسرا فللشريك خيار بين ثلاثة أشياء وإذا اختار التضمين يرجع المكاتب بما ضمن على العبد ويكون الولاء كله له وإن اختار الاستعساء أو الإعتاق أو كان المكاتب معسرا فالولاء بينهما

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – الجواب كذلك إلا أن المكاتب لا يرجع على العبد بالنصف الذي أخذه شريكه منه لأن عندهما صار الكل مكاتبا فإن جميع البدل مقابل بجميع الكسب ولم يسلم له إلا النصف وقد سلم للمولى من جهته نصف البدل أيضا ثم إن كان المكاتب موسرا فليس للساكت إلا التضمين وإن كان معسرا فليس له إلا الاستسعاء

والوجه الثاني : أن يكاتب أحدهما نصيبه بإذن شريكه فعلى قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – إذا استوفي البدل عتق نصيبه وللشريك أن يرجع عليه بنصف ما أخذ أيضا وبنصف ما بقي من الكسب في يد العبد لأنه أداه من كسبه وإذنه في العقد لا يكون إذنا في قبض البدل . ألا ترى أن الوكيل بالكتابة لا يملك قبض البدل فلهذا كان هذا الفصل والفصل الأول سواء عنده إلا في حكمين أحدهما : أنه لا يكون للآخر حق فسخ الكتابة والآخر : أنه لا يكون له أن يضمن المكاتب بعد العتق لوجود الرضا منه بالسبب

وعلى قولهما إذنه في كتابة نصيبه يكون إذنا في كتابة الكل فيصير الكل مكاتبا بينهما إلا أن يقبض أحدهما جميع البدل لا يعتق ما لم يصل إلى الآخر نصيبه لأن المكاتب في نصيبه كان وكيلا والوكيل بالكتابة لا يملك القبض للبدل فإذا وصل إلى الآخر نصيبه حينئذ يعتق وما بقي من الكسب كله سالم للعبد

والوجه الثالث : أن يأذن أحدهما لشريكه في أن يكاتب نصيبه ويقبض البدل فعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – إذا قبض المكاتب البدل فليس للشريك أن يرجع بشيء من المقبوض لأنه قبضه برضاه وصار هو آذنا للعبد في أن يقضي دينه بكسبه فلا يثبت له حق استرداد شيء من القابض بخلاف الأول

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – يعتق كله بقبض المكاتب سواء وصل إلى الشريك نصيبه أو لم يصل لأنه كان وكيلا من جهته في قبض البدل فيعتق العبد بالأداء إليه والمقبوض مشترك بينهما ولا سبيل للشريك على ما بقي من كسب العبد في يده سواء وصل إليه نصيبه مما قبضه المكاتب أو لم يصل بأن هلك في يده لأن هلاك نصيبه في يد وكيله كهلاكه في يده

وإن كان أحد الشريكين كاتب جميع العبد فقول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – في هذا كقولهما حتى إذا عتق بالأداء إليه رجع الشريك عليه بنصف المقبوض وإذا كان بغير إذنه لم يكن له أن يرجع على العبد بشيء من ذلك لأن جميع البدل هنا بمقابلة جميع الكسب والرقبة ولم يسلم له من جهة المكاتب إلا النصف وقد سلم للمكاتب نصف البدل أيضا فلا يرجع عليه بشيء آخر فإن أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه ويقبض البدل ثم نهاه بعد ما قبض بعضه صح نهيه لأن أذنه للمكاتب في قضاء دينه بنصيبه من الكسب لا يكون ملزما شيئا إياه فيكون له أن يرجع عن ذلك حتى يشاركه فيما يقبض بعده ولا يشاركه فيما كان قبض قبل النهي اعتبارا للبعض بالكل

وإن كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه فلم يعلم به شريكه حتى كاتبه نصيبه بإذن الأول ثم علم بكتابة الأول فأراد ردها لم يكن له ذلك لأنه بمباشرة الكتابة في نصيبه صار مسقطا لخياره فإن الخيار له كان لدفع الضرر وقد التزم ذلك الضرر ثم ما يأخذ واحد منهما بعد هذا منه فهو سالم له لا يشاركه الآخر فيه لأن نصيب كل واحد منهما صار مكاتبا بعقد باشره بنفسه فلا يكون بينهما في البدل شركة كما لو باع كل واحد منهما نصيبه بعقد على حدة بخلاف ما إذا كاتباه معا لأن البدل هناك وجب لهما بعقد واحد وإن كان الأول أخذ منه شيئا قبل كتابة الثاني كان للثاني أن يشاركه فيه لأن الثاني إنما يكون مسقطا حقه عن كسبه بكتابة نفسه فيقتصر ذلك على ما يكتسبه بعد كتابته فلا يتعدى إلى ما كان قبله وإن أذن كل واحد منها لصاحبه في مكاتبة نصيبه منه فهذا إذن له في القبض ولا يرجع أحدهما فيما قبض الآخر ولا يشركه وق و له وهذا إذن له في القبض تجوز في العبارة فإن الإذن في الكتابة لا يكون إذنا في القبض ولكن إنما لا يرجع واحد منهما على صاحبه لأن المكاتب صار أحق بجميع كسبه ونصيب كل واحد منهما من البدل واجب بعقد على حدة فلا شركة بينهما في المقبوض

وإن كاتب أحدهما نصيبه منه بعد ما أذن له صاحبه في الكتابة والقبض فقبض بعض الكتابة ثم عجز الغلام ففي القياس للشريك أن يرجع على القابض بنصف المقبوض لأنه إنما رضي بقبضه ليعتق نصيبه به ولم يعتق حين عجز الغلام

ولأنه إنما رضي الآذن بأن يقضي العبد دينه بنصيبه من الكسب وبعد العجز لا دين فبقي هو كسب عبد مشترك بينهما فله أن يأخذ منه نصفه

وفي الاستحسان لا سبيل له عليه فيما قبض اعتبارا للبعض بالكل وهذا لأنه صار مسقطا حقه عن المقبوض حين أذن له في قبضه فلا يعود حقه فيه بعجز الغلام . ألا ترى أنه لو تبرع إنسان بقضاء بعض البدل عن المكاتب ثم عجز المكاتب عما بقي لم يكن للمتبرع استرداد ما تبرع به فهذا مثله

وإذا كاتب أحدهما كله بغير إذن شريكه ثم وهب للعبد نصف المكاتبة لم يعتق منه شيء كما لو كان العبد كله له وهذا لأنه أضاف الهبة إلى نصف شائع فلا يتعين لذلك حصة نصيبه خاصة فلهذا لا يعتق

وإن قال وهبت لك جميع حصتي من هذه المكاتبة عتق إما لأن جميع البدل وجب بعقده فكان هذا وقوله وهبت لك المكاتبة كلها سواء أو لأنه برئ من حصته من البدل حين أضاف الهبة إلى نصيبه خاصة بمنزلة ما لو كاتباه ثم وهب أحدهما جميع حصته إلا أن الأول أصح لأن العبد هنا لا يعتق إلا بأداء جميع البدل إليه فعلم أن هبة جميع حصته تكون هبة لجميع المكاتبة

مكاتبة بين رجلين علقت من أحدهما فهي بالخيار لأنه تلقاها جهتا حرية فإن شاءت عجزت فكانت أم ولد له ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها لأنها أمة بينهما وقد استولدها وإن شاءت مضت على الكتابة وأخذت عقرها فإن مضت على الكتابة ثم علقت من الآخر ثم عجزت فالولد الأول للأول والولد الثاني للثاني لأن نصفها في الظاهر مكاتب له حين استولدها وذلك يكفي لثبوت نسب الولد الثاني منه وهي أم ولد للأول لأنه استحق حق أمية الولد في جميعها إلا أن المكاتبة في نصيب الآخر كان مانعا من ظهور هذا الاستحقاق قبل العجز وقد ارتفع هذا المانع بالعجز فصارت أم ولد له من ذلك الوقت . ألا ترى أن الخيار إذا سقط في البيع بشرط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد وإذا صارت أم ولد له فعليه نصف قيمتها للثاني وعلى الثاني جميع قيمة الولد لأنه تبين أنه استولد مملوكة الغير ولكنه كان مغرورا ب ا عتبار ظاهر الملك فيكون ولده حرا بالقيمة ولم يذكر حكم العقر لأنه على رواية هذا الكتاب وجب نصف العقر على الثاني ونصف العقر على الأول فيكون أحدهما قصاصا بالآخر

وقد بينا في كتاب الدعوى أن الأصح وجوب جميع العقر على الثاني ثم يكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للأول نصف العقر على الثاني وبينا هناك أن قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – أيضا أنه حين استولدها أحدهما صار الكل أم ولد له وهي مكاتبة فلا يصح استيلاد الثاني بعد ذلك ولا يثبت النسب منه بالدعوى

(مكاتبة بين رجلين ولدت بنتا ثم وطئ أحدهما الابنة فعلقت منه) قال (ثبت نسبه منه) لأن الابنة بمنزلة أمة مكاتبة بينهما فيثبت نسب ولدها من أحدهما بالدعوى كما ثبت نسب ولد المكاتبة . والابنة على حالها ليس لها أن تخرج نفسها من المكاتبة لتكون أم ولد للمستولد لأنها تابعة في العقد فلا تملك فسخ العقد في حق نفسها مقصودا ولا ولاية لها على فسخ العقد في حق أمها ولأن الأم إنما كانت تعجز نفسها عما عليها من البدل وليس على الولد شيء من البدل وقد كان للأم منفعة في التخيير فخيرناها ولا منفعة للابنة في ذلك وعلى المستولد عقرها لأنه وطئها وهي مكاتبة ولكن عقرها للأم بمنزلة كسبها وإنها تابعة للأم في الكتابة

فإن عجزت المكاتبة صارت الابنة أم ولد للواطئ لأن المانع من ظهور أمية الولد في نصيب شريكه منها قد ارتفع بعجز الأم وإنما تصير أم ولد له من حين علقت منه فلهذا يضمن لشريكه نصف قيمتها يوم علقت منه

وإن لم تعجز فاعتق الشريك الآخر الابنة بعد علوقها من الأول عتقت عند أبي حنيفة – رحمه الله – لأن نصيبه من الابنة باق على ملكه ما بقيت الكتابة فيها فينفذ عتقه ولا سعاية عليها لأن نصيب المعتق عتق بإعتاقه ونصيب الآخر بمنزلة أم الولد

ولا سعاية على أم الولد للمستولد في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – بمنزلة أم ولد بين شريكين أعتقها أحدهما وولدها حر لأنه ثابت النسب من المستولد وقد عتقت بذلك لكونه متمكنا من إعتاقه ولا سعاية عليه في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أيضا لأن إعتاق الشريك نصيبه من الأم يكون إعتاقا لنصيبه منه كما بينا من عتق السفلى بإعتاق العليا على أصله والمكاتبة باقية على حالها تعتق بالأداء أو تعجز فتكون أمة بينهما مكاتبة بين رجلين ولدت فأعتق أحدهما الولد عتق نصيبه منه لكونه مالكا لنصيبه بسبب دخوله في مكاتبة الأم وهو على حاله حتى تعجز الأم أو تعتق لأنه لما صار تبعا لأمه في الكتابة لا ينقلب مقصودا ما بقي حكم التبعية ولأن الأم لها حق في كسب الولد فلا يتمكن المعتق من إبطال حقها في كسبه فإن عتقت عتق معها لبقاء حكم التبعية في النصف الذي بقي رقيقا منه فإن عجزت فقد زال معنى التبعية وصار الولد مقصودا وهو مشترك بينهما أعتقه أحدهما وقد بينا حكم العبد المشترك يعتقه أحد الشريكين

وإذا اختار التضمين يضمنه نصف قيمته وقت إعتاقه لا وقت عجز الأم لأن وجوب الضمان بسبب الإعتاق فتعتبر القيمة عند ذلك كما تعتبر قيمة المغصوب وقت الغصب

(مكاتبة بين رجلين ولدت بنتا فوطئا الابنة فعلقت فولدت منهما ثم ماتا فالابنة حرة) لأنها كانت أم ولد لهما فتعتق بموتهما كما لو أعتقاها وهذا لأنها استغنت عن تبعية الأم لما ظهر لها من سبب العتق مجانا وتبقي الأم على مكاتبتها لأن نفوذ العتق في التبع لا يوجب عتق الأصل

ولو كانت الأم هي التي ولدت منهما ثم ماتا عتقت هي بجهة الاستيلاد وعتق ولدها أيضا لأنه تبع لها وثبوت العتق في التبع بثبوته في الأصل ولأن عتقها بالاستيلاد كعتقها بإعتاق منهما ابتداء . وقد بينا أنهما إذا أعتقاها عتق الولد معها لأن إعتاقهما إياها بمنزلة الاستيفاء لما عليها من المكاتبة

وإن عجزت ثم ولدت منهما بعد ذلك فالولد الأول رقيق لأن بعجزها انفسخت الكتابة وصار الولد الأول رقيقا ثم يثبت فيها حق أمية الولد بعد انفصال هذا الولد عنها وحق العتق لا يسري إلى الولد المنفصل كحقيقة العتق

وقال أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – : إذا كاتب أحد الشريكين بغير إذن شريكه ثم علقت منه فهي أم ولد له وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – في هذا لا يخالفهما لأن نصيب الشريك عنده لم يصر مكاتبا فتصير أم ولد للمشتري ولكنه حفظ جوابهما ولم يحفظ جواب أبي حنيفة وهي مكاتبة على حالها لأن الكتابة لا تنافي الاستيلاد سابقا ولا طارئا ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك وهذه إجازة للمكاتبة لأن العقد في حق الشريك لدفع

الضرر عنه وقد زال ذلك بتحول نصيبه إلى المستولد . قال : وهذا بمنزلة رجل له أم ولد كاتبها يريد به التشبيه في حكم لزوم الكتابة

فأما في مسألة الأصل المستولد ضامن نصف العقر لأن كتابته في نصيبه كان نافذا ومن استولد مكاتبته يلزمه العقر لها . وقد فسره بعد هذا فقال :

(جارية بين رجلين كاتبها أحدهما بغير إذن شريكه ثم وطئ الذي كاتبها قبل أن يعلم شريكه بالمكاتبة فولدت منه فهي أم ولد له والمكاتبة جائزة ويضمن الواطئ نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك ونصف العقر لها وللمكاتبة الخيار) لأنه تلقاها جهتا حرية فإن اختارت الكتابة أخذت نصف العقر منه وإن اختارت أن تكون أم ولد له لم يكن لها نصف العقر لأن استحقاقها نصف العقر لكونها أحق بنفسها بعقد الكتابة وقد زال ذلك حين اختارت الاستيلاد فإن أم الولد لا تستوجب على مولاها دينا وإن أجاز شريكه المكاتبة بعد ما علقت منه فإجازته باطلة وهي مكاتبة لأنه أجاز عقدا باطلا ولأن نصيبه تحول إلى المكاتب بالاستيلاد وإنما كان يعتبر إجازته باعتبار ملكه

فإن وطئها الذي لم يكاتب فعلقت منه فهي أم ولد الذي علقت منه لأنه مالك لنصيبه منها فصح استيلاده فيها والمكاتبة على حالها جائزة حتى يردها الواطئ لأنه لا منافاة بين الاستيلاد والكتابة وكل واحد منهما يطرأ على صاحبه فلم يكن إقدامه على الاستيلاد إبطالا منه للكتابة ولكنه لو انفسخت الكتابة بعد ذلك صار الكل أم ولد له لأن المانع من انتقال نصيب الشريك إليه بالاستيلاد هو الكتابة وقد ارتفعت

وإن كاتبها أحدهما بإذن شريكه ثم استولدها الآخر فإن شاءت عجزت وكانت أم ولد المستولد لزوال المانع في نصيب الشريك وإن شاءت مضت على كتابتها وأخذت منه نصف العقر لأن الكتابة في نصيب الشريك لازمة حين باشرها بإذن شريكه وتأخذ منه نصف العقر لأنها أحق بنفسها في ذلك النصف

فإذا أدت المكاتبة عتقت ولم تسع للمستولد في شيء لأن نصيبه منها أم ولد ولا سعاية على أم الولد للمستولد في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى

وإن كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه فاكتسبت مالا وقضت منه الكتابة فعتقت ثم اكتسبت مالا ثم حضر الذي لم يكاتب فله نصف ما اكتسبته قبل أداء الكتابة ولها نصفه لأن نصيب المكاتب منها مكاتب ونصيب الشريك مملوك له والكسب يملك بملك الأصل وما اكتسبته بعد أداء الكتابة فهو لها لأن عندهما تعتق كلها بعتق البعض

وعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – يعتق نصيب المكاتب ونصيب الشريك بمنزلة المكاتب لما عليها من السعاية والمكاتب أحق بكسبه من المولى فلهذا لم يكن للشريك شيء مما اكتسبت بعد أداء الكتابة فإن ماتت قبل أن تؤدي شيئا وتركت مالا فنصفه للذي لم يكاتب لأنه كسب نصيبه منها ويأخذ الذي كاتب النصف الباقي في المكاتبة لأن كسب نصيبه منها والمكاتبة كانت نافذة في نصيبه فيأخذ بدل الكتابة من تركتها بعد موتها ثم يأخذ الذي لم يكاتب نصف قيمتها مما بقي إن كان شريكه معسرا لأنه يثبت له حق استسعائها في نصف القيمة إن كانت حية وقد ماتت عن مال فيأخذ تلك السعاية من مالها والباقي ميراث لورثتها الأحرار لأنه حكم بعتقها بأداء السعاية مستندا إلى حال حياتها فإن لم يكن لها وراث غيرهما كان ما بقي بينهما نصفين لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه في قول أبي حنيفة

– رحمه الله تعالى – فهي مولاة لهما وإن شاء أن يضمن شريكه لأنه موسر كان له ذلك لأن المكاتب صار معتقا لنصيبه ثم يرجع به المكاتب في مالها كما يرجع عليها لو كانت حية ويكون ولاؤها وميراثها له إن لم يكن لها وارث لأنه تملك نصيب شريكه بالضمان وإن كانت ماتت بعد ما أدت المكاتبة وقد تركت مالا لا يدري متى اكتسبته قبل الأداء أو بعده فالمال له لأن الكسب حادث فيحال حدوثه إلى أقرب الأوقات وهو ما بعد أداء الكتابة ولأن سبب الاستحقاق لها لأنه قد ظهر وهو اكتسابها واستحقاق النصف لشريكه لم يعلم سببه وهو كون نصيبه قنا حين اكتسب ولا يقال قد عرفنا نصيبه مملوكا قنا له فيجب التمسك بذلك حتى يتبين خلافه لأن هذا ظاهر علم زواله بعد ما أدت الكتابة واستصحاب الحال إنما يعتبر إذا لم يكن خلافه معلوما في الحال

(جارية بين رجلين كاتبها أحدهما بغير إذن شريكه فأدت إليه الكتابة ثم وطئها الآخر فعلقت منه) قال (تسعى له في نصيبه) لأن نصيبه بمنزلة المكاتب لما عليها من السعاية ولا تصير أم ولد له أما عندهما لأنها عتقت بأداء الكتابة وعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لأنه تعذر استدامة الملك لما نفذ فيها من العتق من جهة المكاتب وإنما تكون أم ولد له إذا عجزت عن السعاية وليس لها ذلك ههنا حتى لو مات المستولد قبل أن تؤدي السعاية عتق نصيبه بجهة الاستيلاد وسقط عنها السعاية عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى

(رجل كاتب جارية ثم مات عن ابنين فاستولدها أحدهما فهي بالخيار إن شاءت عجزت فكانت أم ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه) لأن الكتابة انفسخت بالعجز فصارت مشتركة بينهما إرثا قد استولدها أحدهما وإن شاءت مضت على كتابتها وأخذت عقرها لأن المكاتب لا يورث ما بقيت الكتابة وقد سقط الحد عن الواطئ بشبهة حق الملك الثابت له فيها بانعقاد سببه فيجب العقر لها

وإذا كاتب الرجلان جارية بينهما مكاتبة واحدة ثم ارتد أحدهما عن الإسلام فأدت المكاتبة إليهما ثم قتل مرتدا قال لا تعتق وليس أداؤها إلى المرتد بشيء في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – تعتق لأن قبض المرتد عندهما جائز كقبض المسلم بمنزلة قولهما في تصرفات المرتد وأما في قول أبي حنيفة تصرفات المرتد تتوقف وتبطل بقتله فكذلك قبضه نصيبه من البدل كان موقوفا وبالقتل تبين أنه كان حق الوارث فكان قبضه باطلا وترجع الورثة على الشريك بنصف ما أخذ كما لو كان هو أخذ نصيبه وحده ولهذا لا يعتق نصيب الشريك منها أيضا ثم يستسعونها في النصف الباقي فإن عجزت ردت في الرق بمنزلة مكاتبة أدت نصف البدل إلى المولبين ثم عجزت

ثم أشار في الأصل إلى أنه وإن كاتبه في حالة الردة لم يجز قبضه لبدل الكتابة بخلاف ما إذا باعه في حالة الردة وقبض ثمنه كان جائزا من قبل أن بالردة صار ماله كأنه للوارث والعاقد في باب الكتابة لا يستحق قبض البدل بعقده إذا كانت المكاتبة لغيره بخلاف العاقد في باب البيع فإن حق قبض الثمن له وإن كان البيع لغيره وكان في هذا الكلام نظر لأن بيعه في كسب إسلامه لا ينفذ بعد الردة ما لم يسلم وبعد الإسلام يجوز قبضه في المكاتبة وفي الثمن جميعا وإنما هذا الفرق فيما إذا كان البيع والكتابة قبل الردة فلا يجوز قبضه لبدل الكتابة بعد الردة ويجوز قبضه الثمن بحق العقد وإنما لحقه الحجر بالردة كالعبد المأذون إذا باع شيئا ثم حجر عليه مولاه كان قبضه الثمن صحيحا

ولو لحق المرتد منهما بدار الحرب فأدت جميع الكتابة إلى الشريك الآخر لم تعتق لأن قبضه نصيب ورثة المرتد باطل وإن أدت إلى الشريك الباقي وإلى ورثة المرتد عتقت إذا كان قد قضى بلحاقه كما لو مات فدفعت الكتابة إلى الشريك الحي وإلى ورثة الميت

وإن عجزت بعد ما ارتد أحدهما فردها في الرق ثم قتل المرتد على ردته فهي على مكاتبتها لأن فسخ الكتابة في نصيب المرتد باطل عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – ككتابته والكتابة إذا كانت واحدة لا يمكن فسخها في البعض دون البعض بسبب العجز كما لو كان أحد المولين غائبا فعجزت عن المكاتبة لم يفسخ القاضي العقد بخصومة الشاهد منهما حتى يحضر الآخر

وإذا ارتد الشريكان معا ثم عجزت المكاتبة فرداها في الرق فإن أسلما فهي أمة قنة بينهما

وإن قتلا على الردة فهي على مكاتبتها

وإن كانت المكاتبة بين رجلين فولدت بنتا

ثم إن أحد المولين وطئ الابنة فعلقت منه ووطئ الآخر الأم فعلقت منه فقالتا نحن نعجز فذلك لهما ومراده أن للأم أن تعجز نفسها لأنه تلقاها جهتا حرية وأما الولد فليس من هذا الخيار في شيء لأنه ليس عليه شيء من البدل فإذا اختارت الأم المضي على الكتابة أخذت كل واحدة منهما عقرها من الواطئ

وعقر الابنة يكون للأم بمنزلة الكسب وإن عجزت كانت كل واحدة منهما أم ولد للذي وطئها ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه

وقال أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – إذا كاتب الرجل نصيبه من عبده بغير إذن شريكه فللشريك أن يرد ذلك ولا يرده إلا بقضاء القاضي إلا أن يرضى العبد ومولاه الذي كاتبه أن ينقض الكتابة وهذا قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أيضا لأن ثبوت حق الفسخ للآخر مختلف فيه بين العلماء فلا يتم إلا بقضاء القاضي أو **التراضي** كالرجوع في الهبة وهذا لأن الفاسخ إنما يفسخ باعتبار ملكه والعاقد يمنعه من ذلك باعتبار ملكه أيضا فإذا استوت الأقدام كان الفضل إلى القاضي والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) (ذكر عن ابن عمر أن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وBهما قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب) وبهذا نأخذ دون ما روي عن سليمان بن يسار : أنه كان مولى لميمونة بنت الحارث فوهبت ولاءه لابن العباس وهذا لأن الهبة عقد تمليك فيستدعي شيئا مملوكا يضاف إليه عقد الهبة ليصح التمليك فيه وليس للمعتق على معتقه شيء مملوك وعلى هذا لو تصدق بولاء العتاقة أو أوصى به لإنسان فهو باطل وكذلك لو باع ولاء العتاقة فهو باطل لما قلنا ولأن البيع يستدعي مالا متقوما والولاء ليس بمال متقوم

وقد بينا في أول الكتاب أن الولاء نفسه لا يورث إنما يورث به كالنسب والإرث قد يثبت فيما لا يحتمل البيع والهبة كالقصاص فإذا كان لا يورث فلان لا يتحقق فيه البيع والهبة والصدقة كان أولى وولاء الموالاة قياس ولاء العتق لا

---

(١) المبسوط، ١٧/٦

يجوز بيعه من أحد ولا هبته لما قلنا بل أولى لأن ولاء الموالاة يعتمد **التراضي** والأسفل غير راض بأن يكون ولاؤه لغير من عاقده وولاء العتق لا يعتمد **التراضي** فإذا لم يصح التحويل هناك فهنا أولى وإن كان الذي أسلم ووالى هو الذي باع ولاءه من آخر أو وهبه كان ذلك نقضا للولاء الأول وموالاة مع هذا الثاني إن لم يكن عقل عنه الأول لأن قصده بتصرفه أن يكون ولاؤه للثاني فيجب تحصيل مقصوده بطريق الإمكان ألا ترى أنه لو عقد مع الثاني بغير محضر من الأول كان ذلك نقضا منه للولاء الأول بخلاف الأعلى فإنه لا يملك نقض ولائه بغير محضر منه بحال ولكن بيع الأسفل من الثاني باطل حتى ي ر د عليه ما قبض من الثاني من الثمن لأن البيع لا ينعقد إلا على مال متقوم والولاء ليس بمال فلا ينعقد به البيع مضافا إليه كالميتة والدم وإذا لم ينعقد البيع لا يملك البدل بالقبض فلا ينفذ عتقه فيه والله أعلم بالصواب ." (١)

" (قال) الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي – رحمه الله تعالى – اعلم أن السير جمع سيرة وبه سمى هذا الكتاب لأنه بين فيه سيرة المسلمين في المعاملة مع المشركين من أهل الحرب ومع أهل العهد منهم من المستأمنين وأهل الذمة ومع المرتدين الذين هم أخبث الكفار بالإنكار بعد الإقرار ومع أهل البغي الذين حالهم دون حال المشركين وإن كانوا جاهلين وفي التأويل مبطلين

فأما بيان المعاملة مع المشركين فنقول الواجب دعاؤهم إلى الدين وقتال الممتنعين منهم من الإجابة لأن صفة هذه الأمة في الكتب المنزلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وبها كانوا خير الأمم قال الله تعالى ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس﴾ (آل عمران : ١١٠) الآية ورأس المعروف الإيمان بالله تعالى فعلى كل مؤمن أن يكون آمرا به داعيا إليه وأصل المنكر الشرك فهو أعظم ما يكون من الجهل والعناد لما فيه من إنكار الحق من غير تأويل فعلى كل مؤمن أن ينهى عنه بما يقدر عليه

وقد كان رسول الله – صلى الله عليه و سلم – مأمورا في الابتداء بالصفح والإعراض عن المشركين قال الله تعالى ﴿ فاصفح الصفح الجميل ﴾ (الحجر : ٨٥) وقال تعالى ﴿ وأعرض عن المشركين ﴾ (الحجر : ٩٤) ثم أمر بالدعاء إلى الدين بالوعظ والمجادلة بالأحسن فقال تعالى ﴿ ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ﴾ (النحل : ١٢٥) ثم أمر بالقتال إذا كانت البداية منهم فقال تعالى ﴿ أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا ﴾ (البقرة : ١٩١) أي أذن لهم في الدفع وقال تعالى ﴿ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ﴾ (البقرة : ١٩١) وقال تعالى ﴿ وإن جنحوا للسلم فاجنح لها ﴾ (الأنفال : ٦١) ثم أمر بالبداية بالقتال فقال تعالى ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ﴾ (البقرة : ١٩٧) وقال تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ (التوبة : ٥) وقال رسول الله – صلى الله عليه و سلم – (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله) فاستقر الأمر على فرضية الجهاد مع المشركين وهو فرض قائم إلى قيام الساعة قال النبي – صلى الله عليه و سلم – (الجهاد ماض منذ بعثني الله تعالى إلى أن يقاتل آخر عصابة من أمتي الدجال) وقال صلى الله

---

(١) المبسوط، ٥٥/٦

عليه و سلم (بعثت بالسيف بين يدي الساعة وجعل رزقي تحت ظل رمحي والذل والصغار على من خالفني ومن تشبه بقوم فهو منهم) وتفسيره منقول عن سفيان بن عيينة - رحمه الله تعالى - قال بعث الله تعالى رسوله - صلى الله عليه و سلم - بأربعة سيوف سيف قاتل به بنفسه عبدة الأوثان وسيف قاتل به أبو بكر - رضي الله تعالى عنه - أهل الردة قال الله تعالى ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾ (الفتح : ١٦) وسيف قاتل به عمر - رضي الله تعالى عنه - المجوس وأهل الكتاب قال الله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ (ا لتوبة : ٢٩) الآية وسيف قاتل به علي - رضي الله تعالى عنه - المارقين والناكثين والقاسطين وهكذا روى عنه قال أمرت بقتال المارقين والناكثين والقاسطين قال الله تعالى ﴿ فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ (الحجرات : ٩) ثم فريضة الجهاد على نوعين :

أحدهما : عين على كل من يقوى عليه بقدر طاقته وهو ما إذا كان النفير عاما قال الله تعالى ﴿ انفروا خفافا وثقالا ﴾ (التوبة : ٤١) وقال تعالى ﴿ ما لكم إذا قيل انفروا في سبيل الله اثاقلتم إلى الأرض ﴾ (التوبة : ٣٨) إلى قوله ﴿ يعذبكم عذابا أليما ﴾ (التوبة : ٣٨) ونوع هو فرض على الكفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين لحصول المقصود وهو كسر شوكة المشركين وإعزاز الدين لأنه لو جعل فرضا في كل وقت على كل أحد عاد على موضوعه بالنقض والمقصود أن يأمن المسلمون ويتمكنوا من القيام بمصالح دينهم ودنياهم

فإذا اشتغل الكل بالجهاد لم يتفرغوا للقيام بمصالح دنياهم فلذلك قلنا إذا قام به البعض سقط عن الباقين وقد كان رسول الله - صلى الله عليه و سلم - تارة يخرج وتارة يبعث غيره حتى قال (وددت أن لا تخرج سرية أو جيش إلا وأنا معهم ولكن لا أجد ما أحملهم ولا تطيب أنفسهم بالتخلف عني ولوددت أن أقاتل في سبيل الله تعالى حتى أقتل ثم أحي ثم أقتل) . ففي هذا دليل على أن الجهاد وصفة الشهادة في الفضيلة بأعلى النهاية حتى تمنى ذلك رسول الله - صلى الله عليه و سلم - مع درجة الرسالة . وفي حديث أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - (قال المجاهد في سبيل الله كالصائم القائم الراكع الساجد الشاهد) وفي حديث الحسن - رضي الله تعالى عنه - أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال (غدوة أو روحة في سبيل الله تعالى خير من الدنيا وما فيها) والآثار في فضيلة الجهاد كثيرة وقد سماه رسول الله - صلى الله عليه و سلم - سنام الدين . وعلى إمام المسلمين في كل وقت أن يبذل مجهوده في الخروج بنفسه أو يبعث الجيوش والسرايا من المسلمين ثم يثق بجميل وعد الله تعالى في نصرته بقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن تنصروا الله ينصركم ﴾ (محمد : ٧) فإذا بعث جيشا ينبغي أن يؤمر عليهم أميرا هكذا كان يفعله رسول الله - صلى الله عليه و سلم - ولأن به يجتمع كلامهم وتتألف قلوبهم وبذلك ينصرون قال الله تعالى ﴿ هو الذي أيدك بنصره وبالمؤمنين وألف بين قلوبهم ﴾ (الأنفال : ٦٢) وإنما يؤمر عليهم من يكون صالحا لذلك بأن يكون حسن التدبير في أمر الحرب ورعا مشفقا عليهم سخيا شجاعا . ويحكى عن نصر بن سيار - رحمه الله تعالى - قال اجتمع عظماء العجم وغيرهم على أن قائد الجيش ينبغي أن يكون فيه عشر خصال من خصال البهائم شجاعة كشجاعة الديك وتحنن كتحنن الدجاجة وقلب كقلب الأسد وروغان كروغان الثعلب أي صاحب مكر وحيلة وغارة كغارة الذئب وحذر كحذر الغراب وحرص كحرص الكركي وصبر على الجراح كالكلب وحملة كالجبهة وسمن كما يكون لدابة بخراسان لا تهزل بحال وإذا أمر عليهم بهذه الصفة فينبغي له أن يوصيه بهم كما بدأ الكتاب

ببيانه ورواه عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – عن علقمة بن مرثد عن عبدالله بن بريدة عن أبيه – رضي الله عنهم – قال كان رسول الله – صلى الله عليه و سلم – (إذا بعث جيشا أو سرية أوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه)

ففي هذا إشارة إلى الفرق بين الجيش والسرية فالسرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم الذي يجيش بعضهم في بعض قال صلى الله عليه و سلم خير الأصحاب أربعة وخير السرايا ربعمائة وخير الجيوش أربعة آلاف ولن يغلب اثنا عشر ألفا عن قلة إذا كانت كلمتهم واحدة وفيه بيان أنه ينبغي للإمام أن يخص صاحب الجيش والسرية بالوصية لأنه يجعلهم تحت أمره وولايته فيوصيه بهم وفي تخصيصه بالوصية بيان أن عليهم طاعته فلا تظهر فائدة الإمارة إلا بذلك

وقد أوصى أبو بكر – رضي الله عنه – يزيد بن أبي سفيان – رحمه الله تعالى – حين وجهه إلى الشام في حديث طويل ذكره في السير الكبير وإنما يوصيه بتقوى الله تعالى لأنه بالتقوى ينال النصرة والمدد من السماء قال الله تعالى ﴿ بلى إن تصبروا وتتقوا ويأتوكم من فورهم هذا يمددكم ربكم ﴾ (آل عمران : ١٢٥) وبالتقوى يجتمع للمرء مصالح المعاش والمعاد قال صلى الله عليه و سلم (ملاك دينكم الورع) وقال (التقى مجلم) وقيل في معنى قوله في خاصة نفسه أنه كان يوصيه سرا حتى لا يقف على جميع ما يوصيه به غيره والأظهر أن المراد أنه كان يوصيه في حق نفسه أولا ثم يوصيه بمن معه من المسلمين خيرا قال صلى الله عليه و سلم (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) ونفسه إليه أقرب فكأنه كان يوصيه بحفظ نفسه من المهالك وحفظ من معه من المسلمين حتى لا يرضى لهم إلا بما يرضى لنفسه ولا يخص نفسه بشيء دونهم فبذلك يتحقق التأل ف وانقيادهم له ثم قال أغزوا باسم الله أي اخرجوا واقصدوا والغزو والقصد قال الله تعالى ﴿ أو كانوا غزا ﴾ (آل عمران : ١٥٦) وبين أنه ينبغي لهم أن يقصدوا على اسم الله تعالى كما قال صلى الله عليه و سلم (كل أمر ذي بال لم يبدأ فيه باسم الله تعالى فهو أقطع) قال وفي سبيل الله أي ليكن خروجكم لابتغاء مرضاة الله تعالى لا لطلب المال فالمجاهد يبذل نفسه وماله فإنما يربح على عمله إذا قصد به ابتغاء مرضاة الله تعالى

فأما إذا كان قصده تحصيل المال فهو كرة خاسرة ثم قال قاتلوا من كفر بالله فيه دليل فرضية القتال وإنهم يقاتلون لدفع فتنة الكفر ودفع شر الكفار وهذا عام لحقه خصوص فالمراد من كفر بالله من المقاتلين

ألا ترى أنه صلى الله عليه و سلم حين رأى امرأة مقتولة يوم فتح مكة استعظم ذلك وقال (هاه ما كانت هذه تقاتل)

وإلى ذلك أشار في هذا الحديث بقوله (ولا تقتلوا وليدا) ثم قال (ولا تغلوا) والغلول السرقة من الغنيمة وهو حرام قال الله تعالى ﴿ ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة ﴾ قيل في التفسير يجعل ذلك في قعر جهنم ويؤمر بإخراجه

وكل ما انتهى إلى شفير جهنم يرجع في قعرها وقال صلى الله عليه و سلم (الغلول من جمر جهنم) والأسود الذي كان يرحل لرسول الله – صلى الله عليه و سلم – لما أصابه سهم غرب فمات قال الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – هنيأ له الشهادة فقال صلى الله عليه و سلم كلا فإن العباءة التي غلها من المغنم لتشتعل عليه نارا يوم القيامة

وقال في خطبته ردوا الخيط والمخيط فالغلول عار وشنار على صاحبه يوم القيامة قال ولا تغدروا والغدر الخيانة ونقض العهد وهو حرام قال الله تعالى ﴿ فانبذ إليهم ﴾ (الأنفال : ٥٨) على سواء أن الله لا يحب الخائنين

وقال صلى الله عليه و سلم (لكل غادر لواء يركز عند باب أسته يعرف به غدرته يوم القيامة)

وكان صلى الله عليه و سلم يكتب في العهود وفاء لا غدر فيه قال (ولا تمثلوا)

والمثلة حرام كما روى عمران بن حصين – رضي الله تعالى عنه – قال ما قام رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فينا خطيبا بعدما مثل بالعرنيين إلا ويحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة

فتخصيصه بالذكر في كل وقت وخطبة دليل على تأكيد الحرمة فيه قال ولا تقتلوا وليدا والوليد المولود في اللغة

وكل آدمي مولود ولكن هذا اللفظ إنما يستعمل في الصغار عادة ففيه دليل على أنه لا يحل قتل الصغار منهم إذا كانوا لا يقاتلون

وقد جاء في الحديث أن النبي – صلى الله عليه و سلم – نهى عن قتل النساء والولدان وقال (اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شروخهم) والمراد بالشيوخ البالغين وبالشروخ الأتباع من الصغار والنساء والاستحياء الاسترقاق قال الله تعالى ﴿ واستحيوا نساءهم ﴾ (غافر : ٢٥)

وفي وصية أبي بكر – رضي الله عنه – ليزيد بن أبي سفيان لا تقتل شيخا ضرعا ولا صبيا ضعيفا يعني شيخا فانيا وصغيرا لا يقاتل قال وإذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوهم إلى الإسلام وفي نسخ أبي حفص – رضي الله عنه – وإذا حاصرتم حصنا أو مدينة فادعوهم إلى الإسلام وفيه دليل أنه ينبغي للغزاة أن يبدؤا بالدعاء إلى الإسلام وهو على وجهين فإن كانوا يقاتلون قوما لم تبلغهم الدعوة فلا يحل قتالهم حتى يدعوا لقوله تعالى ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ (الأنعام : ١٥) وقال ابن عباس – رضي الله عنهما – ما قاتل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قوما حتى دعاهم إلى الإسلام وهذا لأنهم لا يدرون على ماذا يقاتلون فربما يظنون أنهم لصوص قصدوا أموالهم ولو علموا أنهم يقاتلون على الدعاء إلى الدين ربما أجابوا وانقادوا للحق فلهذا يجب تقديم الدعوة وإن كانوا قد بلغتهم الدعوة فالأحسن أن يدعوهم إلى ال إسلام أيضا فالجد والمبالغة في الإنذار ربما ينفع وكان صلى الله عليه و سلم إذا قاتل قوما من المشركين دعاهم إلى الإسلام ثم اشتغل بالصلاة وعاد بعد الفراغ إلى القتال جدد الدعوة وإن تركوا ذلك وبيتوهم فلا بأس بذلك لأنهم علموا على ماذا يقاتلون ولو اشتغلوا بالدعوة ربما تحصنوا فلا يتمكن المسلمون منهم فكان لهم أن يقاتلوهم بغير دعوة على ما روى أن النبي – صلى الله عليه و سلم – أمر أسامة بن زيد – رضي الله تعالى عنه – أن يغير على ابني صباحا وفي رواية ابنان صباحا فإن أسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم وفيه دليل أنهم إذا أظهروا الإسلام وجب الكف عنهم وقبول ذلك عنهم وإليه أشار صلى الله عليه و سلم في قوله (فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم) وقال تعالى ﴿ ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمنا ﴾ (النساء : ٩٤)

(قال) (ادعوهم إلى التحول من ديارهم إلى دار المهاجرين) وهذا في وقت كانت الهجرة فريضة وذلك قبل فتح مكة كان يفترض على كل مسلم في قبيلته أن يهاجر إلى المدينة ليتعلم أحكام الدين وينضم إلى المؤمنين في القيام بنصرة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قال الله تعالى ﴿ والذين آمنوا ولم يهاجروا ﴾ (الأنفال : ٧٢) الآية ثم

انتسخ ذلك الفتح بقوله صلى الله عليه و سلم لا هجرة بعد الفتح وإنما هو جهاد ونية وقال صلى الله عليه و سلم (من هجر السوء وهجر ما نهى الله تعالى عنه) قال (فإن فعلوا ذلك فاقبلوا منهم وكفوا عنهم وإلا فاخبروهم أنهم كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المسلمين وليس لهم في الفيء ولا في الغنيمة نصيب)

وهذا كان الحكم حين كانت الهجرة فريضة فأمرهم بأن يعلموهم بذلك وهو أن يجري عليهم حكم الله تعالى لالتزامهم وانقيادهم لدين الحق وليس لهم في الفيء ولا في الغنيمة نصيب لامتناعهم من الجهاد والقيام بنصرة الدين أو الاشتغال بتعلم أحكام الدين

ففيه دليل أن النصيب في الغنيمة والفيء لهذين الفريقين والغنيمة اسم للمال المصاب بالقتال على وجه يكون فيه إعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز دينه

والفيء اسم للمصاب من أموالهم بغير قتال كالخراج والجزية قال الله تعالى ﴿ وما أفاء الله على رسوله ﴾ (الحشر : ٦) الآية فإن أبوا فادعوهم إلى إعطاء الجزية وهذا عام دخله الخصوص فالمراد من يقبل منهم الجزية من أهل الكتاب أو المجوس أو عبدة الأوثان من العجم فأما المرتدون وعبدة الأوثان من العرب لا تقبل منهم الجزية ولكنهم يقاتلون إلى أن يسلموا قال الله تعالى ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾ (الفتح : ١٦) أي حتى يسلموا فإن كانوا ممن تقبل منهم الجزية يجب عرض ذلك عليهم إذا امتنعوا من الإيمان لأنه أصل ما ينتهي به القتال قال الله تعالى ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد ﴾ (التوبة : ٢٩) وبقبول ذلك يصيرون من أهل دارنا ويلتزمون أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات فيدعون إليه والمراد بالإعطاء القبول والالتزام فإن فعلوا ذلك فاقبلوا منهم وكفوا عنهم وإذا حاصرتم أهل حصن أو مدينة فأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم فإنكم لا تدرون ما حكم الله تعالى فيهم وبه يستدل محمد - رحمه الله تعالى - على أنه لا يجوز إنزال المحاصرين على حكم الله تعالى

وأبو يوسف - رحمه الله تعالى - يجوز ذلك ويقول : كان هذا في ذلك الوقت فإن الوحي ينزل والحكم يتغير ساعة فساعة فالذين كانوا بالبعد من رسول الله - صلى الله عليه و سلم - كانوا لا يدرون ما نزل بعدهم من حكم الله تعالى فأما الآن فقد استقر الحكم وعلم أن الحكم في المشركين الدعاء إلى الإسلام وتخلية سبيلهم إن أجابوا قال الله تعالى ﴿ فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ﴾ (التوبة : ٥) فإن أبوا فالدعاء إلى التزام الجزية فإن أبوا فقتل المقاتلة وسبى الذرية

ومحمد - رحمه الله تعالى - يقول : لا يجوز الإنزال على حكم الله تعالى كما ذكر في الحديث فإن الحكم الذي ذكره أبو يوسف - رحمه الله تعالى - في قوم وقع الظهور عليهم فأما في قوم محصورين ممتنعين في أنفسهم نزلوا على حكم الله تعالى فلا يدري أن الحكم هذا أو غيره

وفي هذا اللفظ دليل لأهل السنة والجماعة على أن المجتهد يخطئ وصيب فإنه قال فإنكم لا تدرون ما حكم الله فيهم ولو كان كل مجتهد مصيبا لكان يعلم حكم الله فيهم بالاجتهاد لا محالة

(فإن قيل) : فقد قال أنزلوهم على حكمكم ثم احكموا فيهم بما رأيتم ولو لم يكن المجتهد مصيبا للحق لما أمر بإنزالهم على حكمنا فإنه لا يأمر بالإنزال على الخطأ وإنما يأمر بالإنزال على الصواب

(قلنا) : نعم نحن لا نقول المجتهد يكون مخطئا لا محالة ولكنه على رجاء من الإصابة وهو آت بما في وسعه فلهذا أمر بالإنزال على ذلك لا لأنه يكون مصيبا للحق باجتهاده لا محالة وفائدة ذلك أنه لا يتمكن فيه شبهة الخلاف إذا نزلوا على حكمنا وحكمنا فيهم بما رأينا ويتمكن ذلك إذا نزلوا على حكم الله تعالى باعتبار أن المجتهد يخطئ ويصيب فهذا فائدة هذا اللفظ

(قال) (وإذا حاصرتم أهل حصن أو مدينة فأرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله – صلى الله عليه و سلم – فلا تعطوهم ذمة الله ولا ذمة رسوله ولكن أعطوهم ذممكم وذمم آبائكم فإنكم إن تخفروا ذممكم وذمم آبائكم فهو أهون) والمراد بالذمة العهد ومنه سمى أهل الذمة قال الله تعالى ﴿ لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمة ﴾ (التوبة : ١٠) أي عهدا فهو عبارة عن اللزوم ومنه سمى محل الالتزام من الآدمي ذمة والالتزام بالعهد يكون

وفيه دليل على أنه لا ينبغي للمسلمين أن يعطوا المشركين عهد الله ولا عهد رسوله لأنهم ربما يحتاجون إلى النبذ إليهم ونقض عهد الله وعهد رسوله لا يحل وإليه أشار بقوله ولكن اعطوهم ذممكم وذمم آبائكم يعني عهدكم وعهد آبائكم من الممالحة والصحبة التي كانوا يعتقدون الحرمة به في الجاهلية فإنكم إن تخفروا ذممكم فهو أهون أي تنقضوا يقال أخفر إذا نقض العهد وخفر أي عاهد ومنه الخفير وهو الذي يسير الناس في أمانه سمى خفيرا للمعاهدة مع الذين في أمانه أو مع الذين يتعرضون للناس في أن لا يقصدوا من كان في أمانه وهذا بيان فوائد الحديث والله أعلم

وعن ابن عباس – رضي الله عنه – أن الخمس كان يقسم على عهد رسول الله – صلى الله عليه و سلم – على خمسة أسهم فلله ولرسوله سهم ولذي القربى سهم وللمساكين سهم ولليتامى سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي – رضي الله عنهم – على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ومراده بيان قول الله تعالى ﴿ واعلموا أن ما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ﴾ (الأنفال : ٤١) وكان ابن عباس – رضي الله عنهما – يقول سهم الله وسهم الرسول – صلى الله عليه و سلم – واحد وذكر اسم الله تعالى للتبرك ومفتاح الكلام وكان أبو العالية يقول الغنيمة على ستة أسهم سهم لله تعالى ويصرف ذلك إلى عمارة الكعبة إن كانت الكعبة بالقرب منها وإلى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لأن هذه البقاع مضافة إلى الله تعالى وهذا السهم لله تعالى فيصرف إلى عمارة البقاع المضافة إليه خالصا

ولسنا نأخذ بهذا فذكر الله تعالى ليس للاستحقاق لأن الدنيا بما فيها لله تعالى ولكن للتبرك أو لتشريف هذا المال لأن إضافة شيء من الدنيا إلى الله تعالى على الخصوص لمعنى التشريف كالمساجد والناقة وهذا المعنى يتحقق في الغنيمة لأنها أصيبت بطريق فيه إعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز دينه

وأما سهم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قد كان ثابتا في حياته وسقط بموته عندنا وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – هو باق يصرف إلى كل خليفة بعده لأنه كان يأخذ ذلك السهم في حياته ليستعين به في جوائز الوفود والرسل كما قال صلى الله عليه و سلم (والله ما يحل لي من غنائمكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم والخليفة بعده محتاج إلى مثل ما كان هو محتاجا إليه فيصرف هذا السهم إليه)

ولكنا نقول : الخلفاء الراشدون بعده لم يرفعوا هذا السهم لأنفسهم فعرفنا أنه كان له بدرجة الرسالة لا بالقيام بأمور الناس وذلك غير موجود في الخلفاء بعده

ولما اجتمع الصحابة - رضي الله عنهم - ليفرضوا لأبي بكر - رضي الله عنه - قدر كفايته لم يجعلوا ذلك من هذا السهم ولأنه كان له من الغنائم ثلاث حظوظ خمس الخمس والصوفي والسهم

ثم الخليفة لا يقام مقامه في استحقاق الصفي فكذلك في استحقاق خمس الخمس والصفي شيء نفيس كان يصطفيه لنفسه من سيف أو فرس أو جارية كما روى أنه صلى الله عليه و سلم اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر وكان سيفا لمنبه بن الحجاج بخلاف ما يزعم الروافض أنه نزل من السماء لعلي - رضي الله عنه - واصطفى صفية من غنائم خيبر وهذا شيء كان لرأس الجيش في الجاهلية كما قال القائل :

لك المرباع منها والصفايا

وحكمك والنشيطة والفصول

فأما سهم ذوي القربى فقد كان رسول الله - صلى الله عليه و سلم - يصرفه إليهم في حياته وهم صلبية بني هاشم وبني المطلب ولم يبق لهم ذلك بعده عندنا

وقال الشافعي - رحمه الله تعالى - هو مستحق لهم يجمعون من أقطار الأرض فيقسم بين ذكورهم وإناثهم بالسوية وكان الكرخي - رحمه الله تعالى - يقول إنما سقط بموته هذا السهم في حق الأغنياء منهم دون الفقراء والطحاوي - رحمه الله تعالى - كان يقول سقط في حق الفقراء والأغنياء منهم جميعا

وكان أبو بكر الرازي - رحمه الله تعالى - يقول لم يكن لهم هذا السهم مستحقا بالقرابة بل كان رسول الله - صلى الله عليه و سلم - يصرفه إليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك المعنى بعد رسول الله - صلى الله عليه و سلم - والاعتماد على هذا

والشافعي - رحمه الله تعالى - استدل بظاهر قوله تعالى ﴿ ولذي القربى ﴾ (الحشر : ٨) فقد أضاف إليهم سهما بلام التمليك فدل أنه حق مستحق لهم وأن الأغنياء والفقراء فيه سواء لأنه ليس في اسم القرابة ما ينبئ عن الفقر والحاجة بخلاف سهم اليتامى ففي اسم اليتيم ما ينبئ عن الحاجة حتى لو أوصى ليتامى بني فلان وهم لا يحصون فالوصية لفقرائهم بخلاف ما لو أوصى لأقرباء فلان وقد كان رسول الله - صلى الله عليه و سلم - يعطي الأغنياء منهم فإنه أعطى العباس - رضي الله عنه - وقد كان له عشرون عبدا كل عبد يتجر في عشرين ألفا

وأعطى الزبير بن العوام من غنائم خيبر خمسة أسهم سهما له وسهمين لفرسه وسهما لقرابته وسهما لأمه صفية وكانت عمة رسول الله - صلى الله عليه و سلم - ورضي عنها فإذا كان هذا الحكم ثابتا في حياة رسول الله - صلى الله عليه و سلم - بقى بعده لأنه لا نسخ بعد وفاته

(قال) (وإذا قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام في أهله زمانا لم يقم الإمام عليه الحد استحسانا) وفي القياس يقام عليه لأن الحد لزمه بارتكاب سببه ولكن استحسن لتوبته وتحوله عن تلك الحالة قبل أن يقدر عليه

والأصل فيه ما روى أن الحارث بن زيد قطع الطريق ثم ترك ذلك وتاب فكتب علي بن أبي طالب – رضي الله تعالى عنه – إلى عامله بالبصرة أن الحارث بن زيد كان من قطاع الطريق وقد ترك وتحول عنه فلا تعرض له إلا بخير

(قال) (وإذا قطعوا الطريق على قوم من أهل الحرب مستأمنين في دار الإسلام لم يلزمهم الحد) لما بينا أن السبب المبيح في مال المستأمن قائم وهو كون مالكه حربيا وإن تأخر ذلك إلى رجوعه إلى دار الحرب ولكنهم يضمنون المال ودية القتلى لبقاء الشبهة في دم المستأمن بكونه متمكنا من الرجوع إلى دار الحرب وهذا مسقط للعقوبة ولكنه غير مانع من وجوب الضمان الذي يثبت مع الشبهة لقيام العصمة في الحال ولكن يوجعون عقوبة لتخويفهم الناس بقطع الطريق كما إذا لم يصيبوا مالا ولا نفسا

والأصل فيه ما روى أن الحارث بن زيد قطع الطريق ثم ترك ذلك وتاب فكتب علي بن أبي طالب – رضي الله تعالى عنه – إلى عامله بالبصرة أن الحارث بن زيد كان من قطاع الطريق وقد ترك وتحول عنه فلا تعرض له إلا بخير

ومن قال من مشايخنا – رحمهم الله – أن الاستحقاق للفقراء منهم دون الأغنياء احتج بقوله تعالى ﴿ كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم ﴾ (الحشر : ٧) وبين مصارف الخمس ثم بين المعنى فيه وهو أن لا يكون شيء منه دولة بين الأغنياء تتداوله أيديهم واسم ذوي القربى عام يتناول الأغنياء والفقراء فيخصه ويحمله على الفقراء بهذا الدليل

ومن قال لا حق للفقراء والأغنياء منهم جميعا قال المراد بالآية بيان جواز الصرف إليهم لا بيان وجوب الصرف إليهم وكان هذا مشكلا فإن الصدقة لا تحل لهم فكان يشكل أنه هل يجوز صرف شيء من الخمس إليهم ولم يزل هذا الإشكال ببيان سهم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – لأنه ما كان يصرف ما يأخذ إلى حاجة نفسه فأزال الله تعالى هذا الإشكال بقوله تعالى ﴿ ولذي القربى ﴾ (الحشر : ٧) وإنما حملناه على هذا لإجماع الخلفاء الراشدين على قسمة الخمس على ثلاثة أسهم ولا يظن بهم أنه خفي عليهم هذا النص ولا أنهم منعوا حق ذوي القربى فعرفنا بإجماعهم أنه لم يبق إلا الاستحقاق لأغنيائهم وفقرائهم

والشافعي – رحمه الله تعالى – يقول لا إجماع ويستدل بالحديث الذي ذكره عن أبي جعفر محمد بن علي – رضي الله عنهما – قال كان رأي علي – رضي الله عنه – في الخمس رأى أهل بيته ولكنه كره أن يخالف أبا بكر وعمر – رضي الله عنهما – قال والإجماع بدون أهل البيت لا ينعقد كيف وقد كان رأي علي – رضي الله عنه – ولكنه يتحرز من أن ينسب إلى مخالفة أبي بكر وعمر – رضي الله عنهما

ولكنا نقول : ليس في هذا الحديث بيان من كان يرى ذلك من أهل البيت وقد كان فيهم من لا يكون قوله حجة وإنما كره علي – رضي الله عنه – هذه المخالفة لأنه رأى الحجة معهما فإنه خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وهذا لأنه كان مجتهدا ولا يحل للمجتهد أن يدع رأى نفسه لرأى مجتهد آخر احتشاما له

والدليل عليه حديث عبدالرحمن بن أبي ليلى – رحمه الله – عن علي – رضي الله عنه – قال اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال العباس كبر سني ورق عظمي وركبتني المؤن فإن رأيت أن تأمر لي بكذا وسقا من طعام فافعل ففعل ذلك وقالت فاطمة – رضي الله عنها – أنت تعلم مكاني منك فإن رأيت أن تأمر لي بمثل ما أمرت به لعمك فافعل ففعل ذلك وقال زيد بن حارثة كنت أعطيتني أرضا فكنت

أزرعها وأعيش بها ثم أخذتها مني فإن رأيت أن تردها علي فافعل ففعل ذلك فقلت أنا إن رأيت أن توليني القسمة فيما هو حقنا كيلا ينازعني أحد بعدك فافعل ففعل ذلك وقال للعباس - رضي الله تعالى عنه - هلا سألت كما سأل ابن أخيك فقال إلى ذلك أنتهت مسألتي فكنت أقسم في حياة رسول الله - صلى الله عليه و سلم - وفي عهد أبي بكر وصدرا من خلافة عمر - رضي الله تعالى عنهما - حتى أتاه مال عظيم فدعاني لآخذ ما كنت آخذه وأقسمه بين أهل البيت فقلت له إن بنا اليوم عنه غنى وبالمسلمين خلة فأصرفه إليهم ففعل ذلك وقال لي العباس لقد حرمنا اليوم شيئا لا يعود إلينا أبدا وكان رجلا داهيا فكان كما قال

فبهذا تبين أن عليا - رضي الله تعالى عنه - علم أن الصرف إليهم للحاجة لا للاستحقاق حين رد بقوله إن بنا اليوم عنه غنى وذكر عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال عرض علينا عمر - رضي الله عنه - أن يزوج من الخمس أيمنا وأن يقضي به عن مغرمنا فأبينا إلا أن يسلمه إلينا فأبى ذلك علينا

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - وفي هذا دليل على أن ابن عباس - رضي الله عنه - كان يرى استحقاق ذلك السهم لهم وذلك ظاهر فيما ذكر بعد هذا من كتابه إلى نجدة وكتبت إلي أن تسألني عن سهم ذوي القربى وأنا لنزعم أنه لنا ويأبى علينا ذلك غيرنا

ولكنا نقول بعد إجماع الخلفاء الراشدين لا يؤخذ بقول ابن عباس - رضي الله عنهم أجمعين - في هذا لا يؤخذ به في العول وغيره مع أن معنى قوله فأبينا إلا أن يسلمه إلينا لنتولى صرفه إلى المحتاجين منا لا لنصرفه إلى أنفسنا وكل أحد يحب ذلك في أهل بيته

ألا ترى أنه قال فأبى ذلك علينا وعمر - رضي الله عنه - ما كان يعرف بمنع الحق من المستحق بل بإيصال الحق إلى المستحق على ما قال صلى الله عليه و سلم أينما دار عمر فالحق معه

وعن سعيد بن المسيب - رضي الله عنه - قال قسم رسول الله - صلى الله عليه و سلم - الخمس يوم خيبر فقسم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب فكلم عثمان بن عفان وجبير بن مطعم - رضي الله عنهما - رسول الله - صلى الله عليه و سلم - قالا نحن وبنو المطلب في النسب إليك سواء فأعطيتهم دوننا فقال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - أنا لم نزل نحن وبنو المطلب في الجاهلية والإسلام معا

وفي بعض الروايات قالا لا ينكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله تعالى فيهم ولكن نحن وإخواننا من بني المطلب إليك في النسب سواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا فقال إنهم لم يفارقوني في الجاهلية ولا في الإسلام

وفي رواية (فإنما بنو هاشم وبنو المطلب كشيء واحد)

وفي رواية (لم نزل معهم هكذا وشبك بين أصابعه)

واعتمادنا على هذا الحديث فقد بين رسول الله - صلى الله عليه و سلم - أن الاستحقاق بالنصرة دون القرابة وأن المراد بالقربى قرب النصرة حين شبك بين أصابعه . ومعنى الحديث أن أصل النسب وهو عبد مناف كان له أربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله - صلى الله عليه و سلم - كان من أولاد هاشم فإنه محمد - صلى الله عليه و سلم - بن عبدالله بن عبد المطلب بن هاشم فكانت بنو هاشم أولاد جده وجبير بن مطعم كان من بني نوفل

وعثمان – رضي الله عنه – كان من بني عبد شمس وولد جد الإنسان أقرب إليه من ولد أخ جده فهذا معنى قولهما لا ننكر فضل بني هاشم فأما بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بني المطلب في القرابة إسوة وقيل بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا أقرب إليه من بني المطلب لأن نوفلا وعبد شمس كانا أخوي هاشم لأب وأم والمطلب كان أخا هاشم لأبيه لا لأمه والأخ لأب وأم أقرب إلى المرء من الأخ لأب ثم أعطى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بني المطلب ولم يعط بني نوفل وبني عبد شمس فأشكل ذلك عليهما فلذلك سألاه ثم أزال إشكالهما ببيان علة الاستحقاق أنه النصرة دون القرابة ولم يرد به نصرة القتال فقد كان ذلك موجودا من عثمان – رضي الله عنه – وجبير بن مطعم وإنما أراد نصرة الاجتماع إليه للمؤانسة في حال ما هجره الناس على ما روى أن الله تعالى لما بعث رسول الله – صلى الله عليه و سلم – من بني هاشم ورأت قريش آثار الخير فيهم حسدوهم وتعاقدوا فيما بينهم أن لا يجالسوا بني هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا إليهم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ليقتلوه وتعاقد بنو هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فدخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم حتى دخلوا معهم الشعب فكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول الله – صلى الله عليه و سلم – حتى أكلوا العلهز من الجهد القصة وإليه أشار رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أنا لم نزل نحن وبنو المطلب في الجاهلية والإسلام معا وإذا ثبت أن الاستحقاق بتلك النصرة ولا تبقى تلك النصرة بعد وفاة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فلا يبقى الاستحقاق لا للانتساخ بعد موته بل لانعدام الحكم لعدم علته وهذا معنى ما قلنا إن ذلك كان لرسول الله – صلى الله عليه و سلم – يصرفه إليهم مجازاة على تلك النصرة المخصوصة فقد كان رسول الله – صلى الله عليه و سلم – يكافئ كل من نصره يوما حتى قال يوما لما عرض عليه الأسارى لو كان معظم بن عدي حيا لوهبت هؤلاء السبي منه مجازاة له على ما صنع وقد كان مات على شركه ولكنه قام بنصرته يوما وفيه قصة معروفة أو نقول ثبت بالكتاب أن الاستحقاق بالقرابة وببيان رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أن الاستحقاق بالنصرة ﴿ وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى ﴾ (النجم : ٤) فصار هذا الاستحقاق ثابتا بعلة ذات وصفين القرابة والنصرة وانعدام أحد الوصفين وهو النصرة بعد وفاته فلا يبقى الاستحقاق كما أنه لما انعدم أحد الوصفين في حق بني نوفل وبني عبد شمس في حياته لم يعطهم شيئا فبنو هاشم وبنو المطلب بعد وفاته بمنزلة بني نوفل وبني عبد شمس في حياته

وتعليق الاستحقاق بالنصرة أولى منه بالقرابة لأن القياس بنصرة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قربة وطاعة ومال الله يجوز أن يستحق بعمل هو قربة ولا يجوز أن يستحق بنفس القرابة لأن قرابة الرجل سبب لاستحقاق ماله فأما مال الله تعالى لا يستحق بالقرابة ولأن درجة قرابة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أعلى من أن تجعل علة لاستحقاق شيء من الدنيا

ولا معنى لما يقول الخصم أن هذا السهم لهم عوض عن حرمة الصدقة عليهم كما قال صلى الله عليه و سلم يا معشر بني هاشم إن الله تكره لكم غسالة الناس وعوضكم منها سهما من الخمس وهذا لأن حرمة الصدقة عليهم لكرامتهم فلا يدخل به عليهم نقصان يحتاج إلى جبره بالتعويض ولئن كان هذا السهم عوضا من حرمة الصدقة فينبغي أن يستحقه من يستحق الصدقة لولا قرابة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وهم الفقراء دون الأغنياء وينبغي أن يكون استحقاقهم

على نحو استحقاق الصدقة لولا قرابة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – واستحقاقهم للصدقة لولا قرابة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – على وجه جواز الصرف إليهم لا وجوب الصرف إليهم فكذلك هذا السهم

ونحن نقول إنه يجوز صرف بعض الخمس إليهم وإنما ننكر وجوب الصرف إليهم بسبب القرابة وأيد جميع ما قلنا حديث أم هانئ أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال (سهم ذوي القربى لهم في حياتي وليس لهم بعد وفاتي) والحديث وإن كان شاذا فقد تأكد بإجماع الخلفاء الراشدين على العمل به وعن جابر بن عبدالله – رضي الله عنه – قال كان يحمل من الخمس في سبيل الله تعالى ويعطي منه نائبة القوم فلما كثر المال جعل في غير ذلك

وإنما أراد به ما كان يصرف من الخمس إلى ذوي القربى في حياة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – على ما ذكر بعد هذا عن الضحاك أن أبا بكر الصديق – رضي الله عنه – استشار المسلمين في سهم ذوي القربى فرأوا أن يجعل في الخيل والسلاح وفي هذا بيان أنهم كانوا مجمعين على أنه لا استحقاق لهم بعد رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وأن استحقاقهم في حياته كان للنصرة . ألا ترى أنهم جعلوا مصرفه آلة النصرة وهي الخيل والسلاح وقوله ويعطي منه نائبة القوم قيل المراد بالقوم ذوي القربى كما قال في حديث ابن عباس – رضي الله عنهما – عرض علينا عمر – رضي الله عنه – أن يزوج منه إيمنا ويقضي منه عن مغرمنا وقيل المراد بالقوم الغزاة أي يعطي منه ما يحتاج إليه الغزاة في سبيل الله تعالى ومعلوم أن الصرف إلى المستحق المحتاج أولى من الصرف إلى محتاج غير مستحق وقوله فلما كثر المال جعل في غير ذلك تعرض لبعض من كان لا يصرفه إلى مصرفه في وقته يعني كثرة الإجماع فيه فمع كثرة المال لا يصل إلى المصرف الذي كان يصل إليه عند قلة المال

وعن ابن عباس – رضي الله تعالى عنهما – أن رجلا وجد بعيرا في المغنم قد كان المشركون أصابوه قبل ذلك فسأل عنه رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال إن وجدته قبل القسمة فهو لك وإن وجدته بعد القسمة أخذته بالثمن إن شئت وفي رواية أخرى عن ابن عباس – رضي الله تعالى عنهما – أن المشركين أحرزوا ناقة لرجل من المسلمين بدارهم فاشتراها رجل منهم وأخرجها فخاصم فيها مالكها فقال صلى الله عليه و سلم (إن شئت أخذتها بالثمن) وفي الحديثين حجة لنا أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالإحراز لأنهم لو لم يملكوا لرده رسول الله – صلى الله عليه و سلم – على المالك مجانا بكل حال فإن المسلمين إنما يملكون على الكفار مالهم لا مال المسلم وكذلك المشتري إنما يملك على البائع ماله إلا أنه جعل له حق الأخذ قبل القسمة بغير شيء وبعد القسمة بالقيمة لأن المستولى عليه صار مظلوما وعلى من يذب عن دار الإسلام القيام بنصرته ودفع الظلم عنه وذلك بإعادة ماله إليه وقبل القسمة لم يتعين الملك فيه لأحد بل هو باق على حق الغزاة فكان عليهم الرد ليندفع به الظلم عن صاحبه وبعد القسمة قد تعين الملك لمن وقع في سهمه وعليه دفع الظلم عنه ولكن ليس له أن يحول ملكه وحقه إليه إلا أن حقه في المالية فلمراعاة النظر من الجانبين قلنا تعاد إليه العني بالقيمة ليصل المستولي عليه إلى عين ماله ويصل الآخر إلى حقه في المالية

ودليل أن حقه في المالية أن للإمام بيع الغنائم وقسمتها بين الغانمين ومراده بالثمن القيمة فالقيمة ثمن التعديل والمسمى ثمن **التراضي** ولهذا مكنه من الأخذ من المشتري بالثمن لأن حق المشتري فيما أعطى من ماله وهو الثمن فينظر له في ذلك كما ينظر للمستولي عليه في إعادة ماله إليه

وعن الشعبي – رحمه الله تعالى – أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – جعل أهل السواد ذمة المراد سواد العراق وفيه دليل على أن الإمام إذا فتح بلدة عنوة وقهرا فله أن يجعل أهلها ذمة ويضع الجزية على جماجمهم والخراج على أراضيهم كما فعله عمر – رضي الله تعالى عنه – فإنه افتتح السواد عنوة وقهرا وذلك مشهور في كتب المغازي وفيه أشعار وقد كان صاحب جيش العجم رستم بن فرخ هرمزان وقتل في الحرب وأنشد الأعرابي الذي قتله فقال :

ألم تر أني حميت الذمار

وأبقيت مكرمة في الأمم

غداة الهزيمة إذ رستم

يسوق الفوارس سوق النعم

رماني بسهم وقد نلته

فصك الركاب بطن القدم

واضرب بالسيف يافوخه

فكانت لعمري فتح العجم

وقد كان صاحب جيش المسلمين سعد بن أبي وقاص – رضي الله عنه – وكان قد خرج به دماميل فلم يحضر الحرب يوم الفتح وفي ذلك يقول قائلهم :

ألم تر أن الله أنزل نصره

وسعد بباب القادسية معصم

فأبنا وقد آمت نساء كثيرة

ونسوة سعد ليس فيهن أيم

وإنما بينا هذا لأن بعض أصحاب الشافعي – رحمهم الله – ينكرون فتح السواد عنوة وذكر الشافعي – رحمه الله تعالى – في كتابه لا أدري ماذا أقول في سواد الكوفة ولكني أقول قولا بظن مقرون إلى علم

(يتبع . . .) ." (١)

" (قال) رضي الله عنه وإذا غزا الجيش أرضا لم تبلغهم الدعوة لا يحل لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوهم الإسلام ليعرفوا أنهم على ماذا يقاتلون وهو معنى حديث ابن عباس – رضي الله تعالى عنهما – ما غزا رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قوما حتى دعاهم إلى الإسلام

---

(١) المبسوط، ١٢٣/٦

ولو قاتلوهم بغير دعوة كانوا آثمين في ذلك ولكنهم لا يضمنون شيئا مما أتلفوا من الدماء والأموال عندنا

وقال الشافعي - رحمه الله تعالى - في القديم يضمنون ذلك لبقاء صفة الحقن والعصمة إلا أن يوجد الإباء منهم ولا يتحقق ذلك إلا أن تبلغهم الدعوة

ولكنا نقول : العصمة المقومة تكون بالإحراز وذلك لم يوجد في حقهم ولئن كانت العصمة بالدين كما يدعيه الخصم فهو غير موجود في حقهم أيضا

والقتل إما أن يكون للمحاربة كما يقوله علماؤنا - رحمهم الله تعالى - أو للشرك كما يقوله الخصم وذلك موجود في حقهم ولكن شرط الإباحة تقديم الدعوة فبدونه لا يثبت ومجرد حرمة القتل لا يكفي لوجوب الضمان كما في النساء والولدان منهم وكما نهي عن قتل من بلغته الدعوة منهم بطريق المثلة ثم لا يكون موجبا للضمان عليه على من فعله وإن كانوا قد بلغتهم الدعوة فإن هم دعوهم فحسن لما روي أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - بعث معاذا في سرية وقال (لا تقاتلوهم حتى تدعوهم فإن أبوا فلا تقاتلوهم حتى يبدؤكم فإن بدؤكم فلا تقاتلوهم حتى يقتلوا منكم قتيلا ثم أروهم ذلك القتيل وقولوا لهم هل إلى خير من هذا سبيل فلأن يهدي الله تعالى على يديك خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت)

وقد بينا أن المبالغة في الإنذار قد تنفع وإن تركوا ذلك فحسن أيضا لأنهم ربما لا يقوون عليهم إذا قدموا الإنذار والدعاء ولا بأس أن يغيروا عليهم ليلا أو نهارا بغير دعوة لما روى أن النبي - صلى الله عليه و سلم - أغار على بني المصطلق وهم غارون غافلون ويعمهم على الماء بسقي

وعهد إلى أسامة بن زيد - رضي الله عنه - أن يغيروا على أبنا صباحا ثم يحرق

وكان رسول الله - صلى الله عليه و سلم - إذا أراد أن يغير على قوم صبحهم واستمع النداء فإن لم يسمع أغار عليهم حتى روى أنه صبح أهل خيبر وقد خرج العمال ومعهم المساحي والمكاتل فلما رأوهم ولوا منهزمين يقولون محمد والخميس والخميس الجيش وقد كانوا وجدوا في التوراة أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - يغزوهم يوم الخميس ويظفر عليهم وكان ذلك اليوم يوم الخميس فلما قالوا ذلك قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - (الله أكبر خربت خيبر إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين)

ولا بأس بأن يحرقوا حصونهم ويغرقوها ويخربوا البنيان ويقطعوا الأشجار

وكان الأوزاعي - رحمه الله تعالى - يكره ذلك كله لحديث أبي بكر - رضي الله عنه - في وصية يزيد ابن أبي سفيان - رضي الله عنه - لا تقطعوا شجرا ولا تخربوا ولا تفسدوا ضرعا ولقوله تعالى ﴿ وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ﴾ (البقرة : ٢٠٥) الآية

وتأويل هذا ما ذكره محمد - رحمه الله تعالى - في السير الكبير أن أبا بكر - رضي الله عنه - كان أخبره رسول الله - صلى الله عليه و سلم - بأن الشام تفتح له على ما روى أنه قال يوما إنكم ستظهرون على كنوز كسرى وقيصر فقد أشار أبو بكر - رضي الله عنه - إلى ذلك في وصيته حيث قال فإن الله ناصركم عليهم وممكن لكم أن

تتخذوا فيها مساجد فلا يعلم الله منكم أنكم تأتونها تلهيا فلما علم أن ذلك كله ميراث للمسلمين كره القطع والتخريب لهذا

ثم الدليل على جوازه ما ذكره الزهري – رحمه الله تعالى – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – أمر بقطع نخيل بني النضير فشق ذلك عليهم حتى نادوه ما كنت ترضى بالفساد يا أبا القاسم فما بال النخيل تقطع فأنزل الله تعالى ﴿ ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها ﴾ (الحشر : ٥) الآية واللينة النخلة الكريمة فيما ذكره المفسرون

وأمر بقطع النخيل بخيبر حتى أتاه عمر – رضي الله عنه – فقال أليس أن الله تعالى وعد لك خيبر فقال نعم فقال إذا تقطع نخيلك ونخيل أصحابك فأمر بالكف عن ذلك ولما حاصر ثقيفا أمر بقطع النخيل والكروم حتى شق ذلك عليهم وجعلوا يقولون الحبلة لا تحمل إلا بعد عشرين سنة فلا عيش بعد هذا ففي هذا بيان أنهم يذلون بذلك وأن فيه كبتا وغيظا لهم وقد أمرنا بذلك قال الله تعالى ﴿ ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار ﴾ (التوبة : ١٢٠) ولما مر رسول الله – صلى الله عليه و سلم – من أوطاس يريد الطائف بدا له قصر عوف بن مالك النضري فأمر بأن يحرق وفيه يقول حسان بن ثابت – رضي الله عنه – :

وهان على سراة بني لؤي

حريق بالبويرة مستطير

فهذه الآثار تدل على جواز ذلك كله

وكان الحسن بن زياد – رحمه الله تعالى – يقول هذا إذا علم أنه ليس في ذلك الحصن أسير مسلم فأما إذا لم يعلم ذلك فلا يحل التحريق والتغريق لأن التحرز عن قتل المسلم فرض وتحريق حصونهم مباح والأخذ بما هو الفرض أولى ولكنا نقول لو منعناهم من ذلك يتعذر عليهم قتال المشركين والظهور عليهم والحصون قل ما تخلو عن أسير وكما لا يحل قتل الأسير لا يحل قتل النساء والولدان

ثم لا يمتنع تحريق حصونهم بكون النساء والولدان فيها فكذلك لا يمتنع ذلك بكون الأسير فيها ولكنهم يقصدون المشركين بذلك لأنهم لو قدروا على التمييز فعلا لزمهم ذلك فكذلك إذا قدروا على التمييز بالنية يلزمهم ذلك

ولا تقسم الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجوها إلى دار الإسلام ويحرزوها عندنا

وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – لا بأس بقسمتها في دار الحرب بعدما تم انهزام المشركين وهو بناء على أن الملك عنده يثبت بنفس الإصابة لأنه مال مباح فيملك بنفس الأخذ ويجوز قسمته في ذلك الموضع كالصيد وهذا لأن سبب الملك الأخذ وذلك محسوس يتم بنفسه وقيام منازعة المشركين لكون الغزاة في دارهم لا يمنع تقرر ملكهم لقيام منازعتهم في ثياب الغزاة ودوابهم فإنهم لو تمكنوا من الكر عليهم أخذوا جميع ذلك وهذا لأن توهم الكرة عليهم سبب يعارض الاستيلاء بالنقض والأمن عما ينقض سبب الملك ليس بشرط لوقوع الملك كالملك بالبيع والهبة ألا ترى أنه لو كان القتال في دار الإسلام أو صير الإمام البقعة دار إسلام يجوز له أن يقسم فيها وهذا التوهم باق ولأنهم إن كروا فالمسلمون واثقون بجميل وعد الله تعالى الله في نصرة أوليائه ينصرهم في المرة الثانية كما نصرهم في المرة الأولى

فأما عندنا الحق يثبت بنفس الأخذ ويتأكد الإحراز ويتمكن بالقسمة كحق الشفيع يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالأخذ وما دام الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لأنه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض وبيان هذا الأصل أن السبب لا يتم قبل الإحراز لأن السبب هو القهر وقبل الإحراز هم قاهرون يدا مقهورون دارا والثابت من وجه دون وجه يكون ضعيفا وهذا لأن البقعة إنما تنسب إلينا أو إليهم باعتبار القوة والشوكة ولما بقيت هذه البقعة منسوبة إليهم عرفنا أن القوة فيها لهم والدليل عليه أنه يحل للإمام أن يرجع إلى دار الإسلام ويترك هذه البقعة في أيديهم وإنما حل ذلك لعجزه عن المقام في هذا الموضع فعرفنا أنا نحسن العبارة في قولنا أنه هزم المشركين وفي الحقيقة هو المنهزم منهم حين ترك هذا الموضع في أيديهم

والدليل عليه أن بالأخذ يملك الأراضي كما يملك الأموال ثم لا يتأكد الحق في الأرض التي نزلوا فيها إذا لم يصيرها دار الإسلام فكذلك في الأموال والقصد إلى التملك وجد في الكل فإنه ما دخل دار الحرب إلا قاصدا لملك الأراضي والأموال عليهم بحسب الإمكان ولسنا نسلم أن سبب الملك نفس الأخذ بل هو قهر يحصل به إعلاء كلمة الله تعالى ولهذا كان المصاب غنيمة يخمس وهذا القهر لا يتم بنفس الأخذ ولا بقهر الملاك بل بقهر جميع أهل دار الحرب وذلك بالإحراز ليكون حينئذ جميع دارهم مقابلا بجميع دارنا فأما قبل الإحراز يقابل جميع دارهم بالجيش وليس بهم قوة المقاومة مع جميع أهل الحرب وبه فارق المراغم إذا أحرز نفسه بمنعة أهل الجيش فإنه يعتق لأن حاجته إلى قهر مولاه فقط وذلك يتم بالجيش

ألا ترى أنه لا يجب الخمس في رقبته وإذا كان القتال في دار الإسلام فبنفس الأخذ يصير المال محرزا بالدار فيتم القهر وإذا صير البقعة دار إسلام فقد تم الإحراز بالدار

ألا ترى أنه وإن لم يؤخذ المال يتأكد حقهم فيها وإن الحق يتأكد في الأراضي أيضا وبه فارق الصيد فسبب الملك هناك الأخذ وهو القهر على الممتنع في نفسه وهنا الامتناع في المال بل فيمن يقاتل دونه وذلك جميع أهل الحرب ولا يتم قهر جميعهم إلا بالإحراز حكما نقول فإن قسمها جاز لأنه أمضى فصلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد في المجتهدات نافذ وبيان هذا أن الاختلاف في سبب القسمة وهو الملك أنه هل يتم بنفس الأخذ أم لا فإذا نفذ باجتهاده كان صحيحا كما إذا قضي بشهادة الأعمى أو المحدود في قذف

وقيل من مذهبنا كراهة القسمة في دار الحرب لا بطلان القسمة لما في القسمة من قطع شركة المدد فتقل به رغبتهم في اللحوق بالجيش ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكثر العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ما يتم به القسمة فلا يمتنع جوازها

وعن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – أنه قال إذا لم يجد الإمام حمولة لها يحمله عليها فليقسمها في دار الحرب هكذا ذكر في بعض روايات هذا الكتاب

ووجهه أن هذه حالة ضرورة لأنه لو لم يقسمها يحتاج إلى تركها فيبطل حق الغانمين فيها فكان تقرير حقهم بالقسمة أنفع وإن كان فيه قطع شركة المدد وكما لا يقسمها لا يبيعها في دار الحرب لأن البيع ينبني على تأكد الحق

بالإحراز ولأن البيع تصرف كالقسمة ألا ترى أن في البيع قبل القبض يسوى بين البيع والقسمة وإذا كان في الغنيمة طعام أو علف فاحتاج إليه رجل تناول بقدر حاجته

وقوله (فاحتاج) : مذكور على وجه العادة دون الشرط فللمحتاج وغير المحتاج أن يتناول من ذلك لحديث ابن عمر – رضي الله عنهما – أن المسلمين أصابوا مع رسول الله – صلى الله عليه و سلم – في غزو طعاما وعسلا فلم يخمس ذلك وكان الرجل منهم يصيب من ذلك بقدر حاجته وأن المسلمين لما ظهروا على كسرى ظفروا بمطبخه وكان قد أركت القدور وظن بعض الأعراب أن ذلك طيب فهموا أن يصبغوا به لحاهم فقيل أنه مأكول فوقعوا في ذلك حتى اتخموا وأن غلاما لسلمان – رضي الله عنه – أتاه بسلة يوم القادسية فقال افتحها فإن كان فيها طعام أصبنا منه وإن كان فيها مال رددناه على هؤلاء فإذا فيها خبز وجبن وسكين فجعل يأكل من ذلك ويقطع لأصحابه من الجبن ويصف لهم كيف يتخذ الجبن فدل أنه كان معروفا بينهم الرخصة في الطعام والعلف نظير الطعام لأنه محتاج إليه لظهره كما يحتاج إلى القوت لنفسه وهذا لأنهم لا يمكنهم أن يستصحبو ا من الطعام والعلف مقدار حاجتهم للذهاب والرجوع ولا يجدون في دار الحرب من يشترون منه وما يأخذون يكون غنيمة فللعلم بوقوع الحاجة إليه يصير مستثنى من شركة الغنيمة ويبقى على أصل الإباحة ولهذا حل للمحتاج وغير المحتاج ما لم يخرجوا إلى دار الإسلام فإذا خرجوا فقد ارتفعت الضرورة لأنهم يجدون في دار الإسلام الطعام والعلف بالشراء فيثبت حكم الغنيمة فيما كان باقيا منها وكذلك يتناول من سلاح الغنيمة إذا احتاج إليه للقتال ثم يرده إذا استغنى عنه ويكره من غير حاجة لأن المستثنى من شركة الغنيمة الطعام والعلف للعلم بتجدد الحاجة إليهما في كل وقت وذلك لا يوجد في السلاح وكل واحد منهم يتمكن من أن يستصحب السلاح من دار الإسلام فلا يصير هذا مستثنى من الشركة وفني المبيح تحقق الحاجة فإذا لم يوجد ذلك يكره الاستعمال وإذا وجد فلا بأس به لأن عند الضرورة يجوز له أن ينتفع بملك الغير مما لا حق له فيه فماله فيه حق أولى وهذا لأن المبارز قد يبتلي بهذا بأن يسقط سيفه من يده فيعالج قرنه ليأخذ منه سيفه فإذا أخذه صار غنيمة له فلو لم يجز له أن يضربه أدى إلى الضرر والحرج وإلى نحوه أشار قال أرأيت لو رماه العدو بنشابة فرماهم بها أو انتزع سيفا من بعضهم فضربه أكان يكره ذلك هذا ونحوه لا بأس به

فأما المتاع والثياب والدواب فيكره الانتفاع بها قبل القسمة لما روينا من النهي قبل هذا ولأن حقهم ثبت فيها وإن لم يتأكد قبل الإحراز فلا يكون لبعضهم أن يختص بالانتفاع بشيء منها قبل القسمة اعتبارا للمنفعة بالعين فإن احتاجوا إلى ذلك قسمها الإمام بينهم في دار الحرب لتحقق الحاجة وهذا لأن مراعاة حقهم عند حاجتهم أولى من مراعاة حق المدد ولا يدري أيلحق بهم المدد أم لا يلحق وإن لم يحتاجوا إلى ذلك كرهت القسمة في دار الحرب وهذا اللفظ دليل على أن الخلاف في كراهة القسمة لا في الجواز

(قال) (ألا ترى أن جيشا آخر لو دخلوا دار الحرب شركوهم في تلك الغنيمة وهذا عندنا) فأما عند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا شركة للمدد إذا لحق الجيش بعد الإصابة بناء على أصله أن السبب هو الأخذ والملك يثبت بنفس الأخذ وما قبل الإحراز بدار الإسلام وبعده سواء

ودليل أن حقه في المالية أن للإمام بيع الغنائم وقسمتها بين الغانمين ومراده بالثمن القيمة فالقيمة ثمن التعديل والمسمى ثمن **التراضي** ولهذا مكنه من الأخذ من المشتري بالثمن لأن حق المشتري فيما أعطى من ماله وهو الثمن فينظر له في ذلك كما ينظر للمستولي عليه في إعادة ماله إليه

يسوق الفوارس سوق النعم

يسوق الفوارس سوق النعم

وعندنا السبب هو القهر وتمام القهر بالإحراز فإذا شارك المدد للجيش في الإحراز الذي به يتم السبب يشاركونهم في تأكد الحق به كما إذا التحقوا بهم في حالة القتال بعدما أخذوا بعض الأموال وهذا لأن اجتماع المحاربين في دار الحرب للمحاربة سبب الشركة في المصاب بدليل أن الردء يستوي بالمباشر للقتال وقد سأل علي – رضي الله عنه – رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال أرأيت الرجل يكون حامية لقوم وآخر لا يقدر على حمل السلاح أيشتركان في الغنيمة فقال صلى الله عليه و سلم (إنما تنصرون وترزقون بضعفائكم) ولأن دخول دار الحرب سبب لقهر المشركين

قال علي بن أبي طالب – رضي الله عنه – ما غزى قوم في عقر دارهم إلا ذلوا ولهذا جعل الله تعالى الواطئ موطئ العدو بمنزلة النيل في الثواب قال الله تعالى ﴿ ولا يطئون موطئا يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلا ﴾ (التوبة : ١٢٠) الآية فكذلك في الشركة في المصاب يجعل الواطئ موطئ العدو على قصد الحرب بمنزلة النيل منهم لما فيه من الكبت والغيظ لهم

ولا يدخل على شيء مما ذكرنا التجار وأهل سوق العسكر والأسير المنقلب منهم والذي أسلم في دار الحرب إذا التحق بالجيش لأن قصد هؤلاء ليس هو الحرب بل قصد بعضهم التجارة وقصد بعضهم التخلص فلا يستحقون الشركة إلا أن يقاتلوا فيظهر حينئذ بفعلهم أن قصدهم هو القتال وإن احتاج رجل من المسلمين إلى شيء من المتاع حاجة يخاف على نفسه منها فلا بأس باستعمالها قبل القسمة كما يجوز تناول ملك الغير عند الحاجة إلا أن ذلك بشرط الضمان لثبوت الملك للمأخوذ منه وهذا بغير ضمان لعدم تأكد الحق قبل الإحراز

ألا ترى أنه لو أتلف شيئا من المال قبل الإحراز لم يكن ضامنا لما أتلف ولا يقسم السبي بينهم وإن احتاج الناس إليه ما لم يخرجوهم إلى دار الإسلام ولا يبيعهم كما لا يفعل في شيء من سائر الأموال وهذا لعدم تأكد الحق فيهم قبل الإحراز ولكن يمشيهم حتى يحرزهم بدار الإسلام إن أطاقوا المشي فإن لم يطيقوه وكان معهم فضل حمولة من الغنيمة حملهم عليها لأن الحمولة حق الغانمين والسبي كذلك فمن النظر لهم أن يحمل حقهم فإن لم يكن معهم فضل حمولة ولكن كان مع بعض الغانمين فضل حمولة يحملهم عليها فعل ذلك برضاهم وإن لم تطب أنفسهم بذلك لم يفعل لأن الحمولة للخاص والسبي حق الجماعة فلا يكون له أن يستعمل في إحراز حق الجماعة حمولة الخاص منهم بغير رضاهم أرأيت لو أطاق بعضهم حمل بعض السبي على ظهره أو على عاتقه أكان يجبره الإمام على ذلك ثم يقتل الرجال لما بينا من جواز قتل الأسير قبل تعين الملك فيه إذ ا كان فيه نظر

وفي هذا الموضع لو لم يقتلهم احتاج إلى تركهم فيرجعون إلى دار الحرب حربا على المسلمين فكان النظر في قتلهم ويترك النساء والصبيان في موضع يأمن أيدي المشركين أن تصل إليهم لأنه إذا تركهم في موضع تصل إليهم أيديهم يتقوون بهم وبتركه إياهم في هذا الموضع لا يكون تاركا للإحسان إليهم وترك الإحسان لا يكون إساءة وإنما جاز له هذا القدر لعجزه عن الإحسان إليهم بالإخراج عن المهلكة

وإن رأى أن يقسم ليتكلف كل واحد منهم حمل نصيبه فعل ذلك وهو أنفع من الترك

وأما السلاح والمتاع فيحرقه بالنار إذا لم يستطع إخراجه إلى دار الإسلام لأنه مأمور بقطع قوة المشركين عنه وإثبات القوة للمسلمين به وقد عجز عن أحدهما وقدر على الآخر فيأتي بما يقدر عليه وهو الإحراق بالنار كيلا تصل إليه يد المشركين ليتقووا به

قال هذا فيما يحترق فأما ما لا يحترق كالحديد ينبغي أن يدفنه في موضع لا يقف عليه أهل الحرب فيستعينوا به وأما الدواب والمواشي إذا قامت عليه فإنه لا يعقرها خلافا لمالك – رحمه الله تعالى – وقد بينا هذا ولا يتركها كذلك خلافا للشافعي – رحمه الله تعالى

لما في الترك من تقوى المشركين بها ولكنه يذبحها ثم يحرقها لئلا ينتفع بها العدو فالذبح عند الحاجة مباح شرعا في مأكول اللحم وغير مأكول اللحم وبعد الذبح ربما يتقوون بلحمها فيقطع ذلك عنهم بالإحراق بالنار كما يفعل بالثياب والمتاع وفي هذا كبت وغيظ لهم

وقد بينا جواز التخريب والإحراق فيما يكون فيه الكبت والغيظ للمشركين

وما ظهروا عليه من أرض العدو فالإمام فيها بالخيار إن شاء خمسها وقسمها بين الغانمين كما فعله رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بخيبر وإن شاء من بها على أهلها فتركهم أحرار الأصل ذمة للمسلمين والأراضي مملوكة لهم وجعل الجزية على رقابهم والخراج على أراضيهم عندنا كما فعله عمر – رضي الله عنه – بالسواد

وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – له ذلك في الرقاب فأما في الأراضي ليس له ذلك بل عليه أن يقسمها بين الغانمين ويصرف الخمس إلى مصارفه وينبني هذا الكلام على فصلين :

أحدهما : في السواد أنها فتحت عنوة أو صلحا وقد بينا

والثاني : في فتح مكة فإنها فتحت عنوة وقهرا عندنا

وزعم الشافعي – رحمه الله تعالى – أنها فتحت صلحا

قال الكرخي – رحمه الله تعالى – في كتابه : ومن له أدنى علم بالسير والفتوح لا يقول بهذا وقد كان أهل العلم مجمعين على فتح مكة عنوة وقهرا حتى حدث قول بعد المأتين أنها فتحت صلحا وإنما قال الشافعي – رحمه الله تعالى – هذا لأن النبي – صلى الله عليه و سلم – ترك لهم الأراضي والنخيل التي هي حول مكة فلم يجد بدا في إجراء مذهبه من هذا

(قال) (والدليل على ذلك حديث ابن عباس – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – صالح أهل مكة عام الحديبية على أن وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ثم دخلها بعد ذلك باثنين وعشرين شهرا) فعرفنا

أنه دخلها بذلك الصلح وقد أشار الله تعالى إلى ذلك في قوله ﴿ وهو الذي كف أيديهم عنكم وأيديكم عنهم ببطن مكة من بعد أن أظفركم عليهم ﴾ (الفتح : ٢٤) والدليل عليه أنه لم يضع على أراضيهم وظيفة وفي البلاد المفتوحة عنوة وقهرا لا يجوز ترك الأراضي لهم بغير وظيفة

(وحجتنا) في ذلك أن الآثار اشتهرت بنقض قريش الصلح الذي كان بينه وبينهم على ما روى أن بني خزاعة دخلوا في عهد رسول الله – صلى الله عليه و سلم – يومئذ وبني بكر في عهد قريش ثم قاتل بنو بكر بني خزاعة وأردفتهم قريش بالأسلحة والأطعمة وقاتل من قاتل من قريش معهم مستخفيا بالليل حتى جاء وافد بني خزاعة عمرو بن سالم إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – يستنصره ويقول :

لا هم إني ناشد محمدا

حلف أبينا وأبيه الاتلدا

إن قريشا أخلفوك الموعدا

ونقضوا ميثاقك المؤكدا

وبيتونا بالوتير هجدا

وقتلونا ركعا وسجدا

فقال صلى الله عليه و سلم نصرت يا عمرو بن سالم فنشأت سحابة فقال إنها تستهل بنصر بني خزاعة إلى أن نزل صلى الله عليه و سلم بمر الظهران قال العباس – رضي الله عنه – قلت واصباحا قريش لو دخل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قبل أن يخرجوا فيستأمنوا لهلكت قريش فركبت بغلة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ودخلت الأراك لعلي أجد بعض الحطابين فأخبرهم بمجيء رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فلقيت أبا سفيان بن حرب وحكيم ابن حزام – رضوان الله عليهم أجمعين – يتراجعان الحديث ويقول أحدهما لصاحبه ما هذه النيران فيقول الآخر نيران خزاعة ويقول الآخر هم أقل من ذلك وأذل فقلت يا حنظلة ما شأنك قال يا أبا الفضل ما تفعل ههنا فقلت هذا رسول الله – صلى الله عليه و سلم – نزل بمر الظهران في عشرة آلاف قال وما الحيلة قلت لا أعرف لك حيلة ولكن أركب عجز دابتي فأردفته فما مررت بنار إلا قيل هذه بغلة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وهذا عمه حتى مررت بنار عمر – رضي الله عنه – فعرفه فأخذ السيف وعدا خلفه ليقتله فسرت بالدابة حتى اقتحمت مضرب رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فدخل عمر – رضي الله عنه – وقال يا رسول الله – صلى الله عليه و سلم – إن الله مكنك من عدوك من غير عقد ولا صلح فدعني لأقتله فقلت مهلا فإني أجرته ولو كان من بني عدي ما قتلته فبكى عمر – رضي الله عنه – وقال والله إن سروري بإسلامك يوم أسلمت أكثر من سروري بإسلام الخطاب أن لو أسلم فأمرني رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أن أحمله إلى رحلي فغدوت به عليه وقال ألم يأن أن تشهد أن لا إله إلا الله فقال أبو سفيان إني أقول لو كان مع الله آلهة لجاز أن ينصرونا فقال صلى الله عليه و سلم أتشهد أني رسول الله فقال إن في النفس بعد من هذا لشيئا فقلت أسلم فإن السيف في قفاك فأسلم فقلت إن أبا سفيان رجل يحب الفخر فاجعل له من الأمر شيئا يا رسول الله فقال من دخل دار أبي سفيان فهو آمن فقال وكم تسعهم داري يا رسول الله قال من أغلق

الباب على نفسه فهو آمن ومن ألقي السلاح فهو آمن ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن إلا ابن خطل ويعيش بن صبابة وقينتين لابن خطل كانتا تغنيان بهجاء رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ثم أمرني أن أحبسه في مضيق الوادي لتمر عليه الكتائب فكلما مرت عليه كتيبة قال من هؤلاء الحديث إلى أن مر رسول الله – صلى الله عليه و سلم – في كتيبته الخضراء وفيها ألفا رجل من المهاجرين والأنصار عليهم السلاح والحلق لا يرى منهم إلا الحدق فلما حاذاه سعد بن عبادة وكان لواء رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بيده هز اللواء وقال اليوم يوم الملحمة اليوم تهتك فيه الحرمة فقال أبو سفيان أن ابن أخيك أصبح في ملك عظيم فقلت ليس بملك إنما هو نبوة قال أو ذاك ثم نادى رسول الله – صلى الله علي ه و سلم – أمرت باستئصال قومك من قريش فقد قال سعد كذا فقال صلى الله عليه و سلم اليوم يوم المرحمة اليوم تحفظ فيه الحرمة وبعث إلى سعد ليسلم اللواء إلى ابنه قيس الحديث

فهذه القصة من أولها إلى آخرها تدل على انتقاض ذلك العهد ولما دخل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – مكة بعث خالد بن الوليد – رضي الله عنه – من جانب والزبير بن العوام – رضي الله عنه – من جانب وقال أترون أوباش قريش احصدوهم حصدا حتى تلقوني على الصفا وفيه يقول قائلهم يخاطب زوجته :

إنك لو شهدت يوم خندمه

إذ فر صفوان وفر عكرمه

لم ينطق اليوم بأدنى كلمه

وقال ابن رواحة – رضي الله عنه – ينشد بين يدي رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ويقول :

خلوا بني الكفار عن سبيله

اليوم نضربكم على تأويله

ضربا يزيل الهام عن مقيله

ويذهل الخليل عن خليله

لا هم أني مؤمن بقيله

فقال له عمر – رضي الله عنه – أتنشد الشعر في حرم الله تعالى فقال له رسول الله – صلى الله عليه و سلم – (دعه يا عمر فإنه أسرع في قلوبهم من وقع النبل) حتى جاء أبو سفيان إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال لقد انتدب حضرا قريش فلا قريش بعد اليوم فقال صلى الله عليه و سلم (الأبيض والأسود آمن إلا ابن خطل) ثم جاء رسول الله – صلى الله عليه و سلم – إلى باب الكعبة وفيها رؤساء قريش فأخذ بعضادتي الباب وقال (ماذا ترون أني صانع بكم) فقالوا أخ كريم وابن أخ كريم ملكت فاسجح فقال صلى الله عليه و سلم (إني أقول لكم كما قال أخي يوسف لإخوته لا تثريب عليكم اليوم يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين أنتم الطلقاء لكم أموالكم) وصح أنه صلى الله عليه و سلم دخل مكة وعلى رأسه المغفر فذلك دليل أنه صلى الله عليه و سلم دخله مقاتلا وقال صلى الله عليه و سلم في خطبته (إن مكة حرام حرم ه ا الله تعالى يوم خلق السموات والأرض وأنها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي وإنما أحلت لي ساعة من نهار ثم هي حرام إلى يوم القيامة) وإنما مراده حل القتال فيها فدل أنه دخلها مقاتلا وفي

قوله تعالى ﴿ إذا جاء نصر الله والفتح ﴾ (النصر : ١) يشهد لما قلنا ونزول قوله تعالى ﴿ وهو الذي كف أيديهم ﴾ (الفتح : ٢٤) في صلح الحديبية ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ والهدي معكوفا أن يبلغ محله ﴾ (الفتح : ٢٥) وإنما يضع الخراج على أراضيهم لأن الأراضي تابعة للرقاب ولم يضع الجزية على رقابهم إذ لا جزية على عربي ولا رق فكذلك لا خراج على أراضيهم فإذا ظهر أنها فتحت قهرا اتضح مذهبنا في المسألة التي قلنا

وعلى سبيل الابتداء في تلك المسألة فالشافعي - رحمه الله تعالى - يقول قد تأكد حق الغانمين في الأراضي أما عندي فقد ثبت الملك لهم بنفس الإصابة وعندكم تأكد الحق بالإحراز فقد صارت محرزة بفتح البلدة وإجراء أحكام الإسلام فيها وفي المن إبطال حق الغانمين عما تأكد حقهم فيه والإمام لا يملك ذلك كما إذا استولى على الأموال بدون الأراضي لم يكن له أن يبطل حق الغانمين عنها بالرد عليهم بخلاف الرقاب فالحق في رقابهم لم يتأكد

بدليل أن له أن يقتلهم فكذلك يكون له أن يمن على رقابهم بجزية يأخذها منهم ثم حق مصارف الخمس ثابت بالنص وفي المن إبطال ذلك ولهذا قلت إما تخمس الجزية لأن الخمس من الرقاب كان حقا لأرباب الخمس فيثبت حقهم في بدل ذلك وهو الجزية

وعلماؤنا - رحمهم الله تعالى - يقولون : تصرف الإمام وقع على وجه النظر وأنه نصب لذلك

وبيانه : أنه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فيكر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضا فإذا تركها في أيديهم وهم أعرف بذلك العمل اشتغلوا بالزراعة وأدوا الجزية والخراج فيصرف ذلك إلى المقاتلة ويكونون مشغولين بالجهاد وبهذا تبين أنه ليس في هذا إبطال حقهم بل فيه توفير المنفعة عنهم لأن منفعة القسمة وإن كانت أعجل فمنفعة الخراج أدوم ولأنه كما ثبت الحق فيها للذين أصابوا ثبت لمن يأتي بعدهم بالنص قال الله تعالى ﴿ والذين جاؤا من بعدهم ﴾ (الحشر : ١٠) وفي القسمة إبطال حق من يأتي بعدهم أصلا وفي المن عليهم مراعاة الحقين جميعا وإنما قسم رسول الله - صلى الله عليه و سلم - خيبر لحاجة لأصحابه - رضي الله عنه - كانت يومئذ ونحن نقول للإمام ذلك عند حاجة المسلمين فأما بدون الحاجة الأولى ما فعله - رضي الله عنه - بالسواد والاستدلال بما استدل به ولا قول أبعد من قول من أوجب في الجزية الخمس فإن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - أخذ الجزية من مجوس هجر والحلل من بني نجران وقال لمعاذ - رضي الله عنه - خذ من كل حالم وحالمة دينارا ولم يخمس شيئا من ذلك فدل أنه لا خمس في الجزية

وإذا قسم الغنيمة ضرب للفارس بسهمين وللراجل بسهم في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وهو قول أهل العراق

وفي قولهما والشافعي - رحمهم الله تعالى - يضرب للفارس بثلاثة أسهم وهو قول أهل الشام وأهل الحجاز لحديث عبدالله بن العمري - رضي الله تعالى عنهما - أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم سهما له وسهمين لفرسه وقسم رسول الله - صلى الله عليه و سلم - خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجال ألفا وأربعمائة والخيل مائتي فرس وباسم كل مائة سهم فتبين أنه جعل سهم الفرس ضعف سهم الرجل وعند تعارض الأخبار المصير إلى ما روينا أولى لما

فيه من إثبات الزيادة ولأنه اتفق عليه أهل الشام وأهل الحجاز فهم أعرف بذلك من أهل العراق ثم مؤنة الفرس أعظم من مؤنة الرجل والاستحقاق باعتبار التزام المؤنة

وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – استدل بحديث عبيدالله العمري عن نافع عن ابن عمر – رضي الله تعالى عنهما – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قسم للفارس سهمين سهما له وسهما لفرسه وعبيدالله أوثق من أخيه عبدالله – رضي الله تعالى عنهما – وفي حديث كريمة بنت المقداد بن الأسود عن أبيها المقداد – رضي الله تعالى عنهما – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – أسهم له يوم بدر سهمين سهما له وسهما لفرسه وفي حديث مجمع بن يعقوب بن مجمع عن أبيه عن جده أن النبي – صلى الله عليه و سلم – أسهم للفارس يوم خيبر سهمين

وما رووا أنه قسم خيبر على ثمانية عشر سهما صحيح لكن ذكر في هذا الحديث أن الخيل كانت ثلثمائة ولو ثبت ما رووا فالمراد من قوله وكانت الخيل مائتي فرس الخيل بفرسانها والرجال ألف وأربعمائة أي الرجالة قال الله تعالى ﴿ وأجلب عليهم بخيلك ورجلك ﴾ (الإسراء : ٦٤) أي بفرسانك ورجالتك وقال تعالى ﴿ يأتوك رجالا ﴾ (الحج : ٢٧) أي رجالة فتبين بهذا أن الناس كانوا ألفا وستمائة فإذا كان باسم كل مائة سهم كان للفارس سهمان وللراجل سهم ثم المصير إلى ما روينا أولى لأنه هو المتيقن وما رجح به من إثبات الزيادة متعارض ففيما روينا إثبات الزيادة في نصيب الراجل ثم في هذا تفضيل البهيمة على الآدمي وذلك غير جائز لأن الاستحقاق بالقتال والرجل يقاتل وحده والفرس لا تقاتل ولهذا كان القياس أن لا يسوى بين الفرس والرجل وأن لا يستحق بالفرس شيئا لأنه آلة من آلات الحرب كسائر الآلات ولكن الآثار اتفقت عل ى سهم واحد فأخذنا بما اتفق عليه الأثر وأبقينا ما اختلف فيه الأثر على أصل القياس

ولا معنى لاعتبار المؤنة فصاحب الحمار والبغل يلتزم المؤنة أيضا ولا يستحق به شيئا وصاحب الفيل والبعير مؤنته أكثر ثم لا يستحق بهما شيئا مع أنا لا نسلم أن مؤنة الفرس أكثر فإن ما يحتاج إليه الفرس من العلف يوجد مباحا ومطعوم بني آدم من الخبز واللحم لا يوجد إلا بثمن

ومذهب أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – مروي عن عمر – رضي الله عنه

وصاحب البرذون والهجين والمقرف كصاحب الفرس العربي في استحقاق السهم به عندنا سواء

وقال أهل الشام لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – لكنه شاذ والمشهور لهم حديث عمر – رضي الله عنه – على ما روى أن الخيل أغارت بالشام وعلى القوم المنذر بن حميضة الوداعي فأدركت العراب اليوم والبراذين ضحى الغد فلم يسهم المنذر للبراذين وقال لا أجعل من أدرك كمن لا يدرك وكتب في ذلك إلى عمر – رضي الله عنه – فقال هبلت الوداعي أمه لقد أذكت به وفي رواية لقد أذكرته أمضوها على ما قال

(وحجتنا) في ذلك أن استحقاق السهم بالخيل لمعنى إرهاب العدو قال الله تعالى ﴿ ومن رباط الخيل ﴾ (الأنفال : ٦٠) الآية والإرهاب يحصل بالبرذون كما يحصل بالفرس العربي ثم العرب في الطلب والهرب أقوى والبرذون أقوى على الحرب وأصبر وألين عطفا عند اللقاء ففي كل جانب نوع منفعة معتبرة ومعنى التزام المؤنة يجمعهما

وتأويل حديث عمر – رضي الله عنه – أن المنذر فعل ذلك باجتهاده فأمضى عمر – رضي الله عنه – اجتهاده وهكذا نقول ومن الناس من يقول يستحق بالفرس العربي سهمان وبما سوى ذلك سهم واحد وهذا بعيد فإن البرذون فرس

العجم والعربي فرس العرب وكما يسوى بين العجمي والعربي في استحقاق السهم فكذلك في الخيل والهجين ما يكون أبوه من الكوادن وأمه عربية والمقرف ما يكون أبوه عربيا وأمه من الكوادن ومعنى قوله لقد أذكت به أتت به ذكيا وقوله أذكرته أتت به ذكرا جلدا

(قال) (وإذا دخل الغازي دار الحرب مع الجيش فارسا ثم نفق فرسه أو عقر قبل إحراز الغنيمة فله سهم الفرسان عندنا) وهو قول عمر - رضي الله عنه

وقال الشافعي - رحمه الله تعالى - له سهم الراجل لقول عمر - رضي الله عنه - الغنيمة لمن شهد الوقعة وقد شهد الوقعة راجلا ولأن سبب الاستحقاق الأخذ وعند الأخذ هو راجل فيستحق سهم الراجل كما لو نفق فرسه قبل دخول دار الحرب وهذا لأن سهم الفرس لا يكون أقوى من سهم صاحبه ولو مات الغازي بعد مجاوزة الدرب لم يستحق شيئا فإذا نفق الفرس أولى ولأنه يستحق السهم بفرسه كما يستحق الرضخ بعبده ولو مات عبده بعد مجاوزة الدرب لم يستحق به شيئا فكذلك الفرس

(وحجتنا) أنه دخل دار الحرب فارسا على قصد الجهاد فيستحق سهم الفرسان كما لو كان فرسه قائما وقاتل راجلا وهذا لأن الاستحقاق بالفرس لمعنى إرهاب العدو به وقد حصل به والجيش إنما يعرض عند مجاوزة الدرب فمن كان فارسا في ذلك الوقت وأثبت اسمه في ديوان الفرسان فقد حصل إرهاب العدو بفرسه لأنه ينتشر الخبر في دار الحرب أنه دخل كذا وكذا فارس وقل ما يعيش بعد ذلك ولأن الاعتبار للقهر الذي يحصل به إعزاز الدين وذلك بدخول دار الحرب على قصد الجهاد فإذا كان هو عند دخول دار الحرب ملتزما مؤنة الفرس على قصد الجهاد انعقد له سبب الاستحقاق وبالإجماع لا معتبر ببقاء الفرس إلى حال تمام الاستحقاق لأنه لو نفق فرسه بعد القتال قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام استحق سهم الفرسان فكان المعتبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف ما لو مات قبل مجاوزة الدرب لأن معنى إرهاب العدو والقهر لم يحصل به وبخلاف ما إ ذا مات الفارس لأنه هو المستحق ولا يبقى الاستحقاق بعد موت المستحق وإن كان السبب منعقدا

ألا ترى أنه لو قتل في دار الحرب أن ما بعد الفراغ قبل الإحراز عندنا لا يستحق شيئا والعبد آدمي كالحر ثم الرضخ ليس نظير السهم

ألا ترى أنه غير مقدر بشيء فلا يستقيم اعتبار السهم بما دونه ولو باع فرسه بعدما جاوز الدرب قبل القتال ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى - يستحق سهم الفرسان أيضا لأنه أثبت اسمه في ديوان الفرسان وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأنه تبين بالبيع أنه ما كان قصده من التزام مؤنة الفرس القتال عليه إنما كان قصده التجارة وبمجاوزة الدرب على قصد التجارة لا ينعقد سبب استحقاق الغنيمة بخلاف ما إذا مات فرسه ولأنه بالبيع والهبة أزاله عن ملكه باختياره فيكون به مسقطا حقه وبالموت ما أزا له عن ملكه باختياره بل هو مصاب في ذلك

ولو باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهمه لأنه لا يتبين به أنه لم يكن قصده من التزام مؤنة الفرس عدم القتال ألا ترى أنه ما لم يفرغ من القتال لم يشتغل بالبيع فيه واختلف مشايخنا - رحمهم الله تعالى - فيما إذا باعه في حالة القتال قال بعضهم لا يسقط سهمه لأن بيع الفرس عند القتال مخاطرة بالنفس فمن ليس له قصد القتال يطلب في

ذلك الوقت فرسا ليهرب عليه وبهذا تبين أن بيعه الفرس لإظهار المبالغة في الحرب وهو أنه يرى العدو أنه غير عازم على الفرار أصلا

(قال) رحمه الله تعالى (والأصح عندي أنه لا يستحق سهم الفارس) لأن تأخيره بيع الفرس إلى وقت القتال يحقق قصد التجارة فيه فإن المشتري فيه عند ذلك أرغب والتاجر يحبس مال تجارته إلى وقت عزته وكثرة الرغبة فيه فلهذا يسقط سهمه ببيع الفرس فأما إذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا له سهم الراجل

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أن له سهم الفرسان لأن معنى إرهاب العدو والقهر الذي يتم به إعزاز الدين بالقتال على الفرس أظهر منه في مجاوزة الدرب فإذا كان يستحق سهم الفرسان بمجاوزة الدرب فارسا فالقتال على الفرس أولى

وجه ظاهر الرواية أن الإمام إنما يدون الدواوين ويثبت أسامي الفرسان والرجالة عند مجاوزة الدرب ويشق عليه تفقد أحوالهم بعد ذلك فمن أثبت اسمه في ديوان الرجالة فقد انعقد له سبب الاستحقاق راجلا فلا يتغير ذلك بشراء الفرس كما في الفصل الأول لا يتغير حاله بموت الفرس ومن دخل دار الحرب فارسا ثم قاتل راجلا بأن كان القتال على باب حصن أو في السفينة فإنه يستحق سهم الفارس أما عندنا فلأنه أثبت اسمه في ديوان الفرسان والاستحقاق بحصوله في دار الحرب فارسا وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لأنه قاتل وله فرس معد للقتال عليه لو احتاج إليه فيستحق سهم الفرسان كما يستحق الردء السهم مع المباشر وإذا مات الغازي أو قتل بعد إصابة الغنيمة قبل إخراجها إلى دار الإسلام لم يورث سهمه عندنا وهو قول علي – رضي الله عنه – وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – يورث وهو قول عمر – رضي الله عنه – وهذا ينبني ع لى الأصل الذي بينا فإن عنده الملك يثبت لهم بنفس الإصابة وموت أحد الشركاء لا يبطل ملكه عن نصيبه بل يخلفه وارثه فيه كالشركاء في الاصطياد إذا مات أحدهم بعد الأخذ ومن أصلنا أن الحق يثبت بنفس الإصابة ولا يتأكد إلا بالإحراز والحق الضعيف لا يورث كحق القبول فإن المشتري إذا مات بعد إيجاب البائع قبل قبوله لا يخلفه وارثه في القبول وأما بعد الإحراز الحق يتأكد والإرث يجري في الحق المتأكد كحق الرهن والرد بالعيب وهو نظير مذهبنا في الشفعة وخيار الشرط لا يورث لأنه حق ضعيف وقد استدل بعض مشايخنا على ضعف الحق قبل الإحراز بإباحة تناول الطعام والعلف لكل واحد منهم من غير ضرورة وضمان وبامتناع وجوب الضمان على من أتلف شيئا من الغنيمة قبل الإحراز بخلاف ما بعد الإحراز وبقبول شهادة الغانمين في الغنيمة قبل الإحراز وامتناع قبول الشهادة بعد الإحراز وتبين بذلك أن الحق ضعيف كحق كل مسلم في م ا ل بيت المال

ولكن أصحاب الشافعي – رحمهم الله تعالى – ربما لا يسلمون هذين الفصلين وإذا كان العبد مع مولاه فقاتل بإذنه يرضخ له وكذلك الصبي والمرأة والذمي والمكاتب لحديث أبي هريرة – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم وعن فضالة بن عبيد أن النبي – صلى الله عليه و سلم – كان يرضخ للمماليك ولا يسهم لهم ولأن العبد غير مجاهد بنفسه ألا ترى أن للمولى أن يمنعه من الخروج فلا يسوى بينه وبين الحر الذي هو أهل للجهاد بنفسه في استحقاق السهم ولكن يرضخ له إذا قاتل لمعنى التحريض

والصبي والمرأة ليس لهما قوة الجهاد بأنفسهما ولهذا لا يلحقهما فرض الجهاد والذمي ليس من أهل الجهاد بنفسه فإن الكفار لا يخاطبون بالشرائع ما لم يسلموا والرق في ." (١)

" (قال) الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي - رحمه الله تعالى - إملاء :

الإيداع عقد جائز لأنه تصرف من المالك في ملكه وقد يحتاج إليه عند إرادة السفر والحاج يحتاج إلى إيداع بعض ماله في كل موضع لينتفع به إذا رجع والمودع مندوب إلى القبول شرعا لما فيه من الإعانة على البر قال الله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ (المائدة : ٢) وقال - صلى الله عليه و سلم - (إن الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه) وبعد القبول عليه أداء ما التزم وهو الحفظ حتى يؤديها إلى صاحبها لقوله تعالى ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾ (النساء : ٥٨) وقد قيل في سبب النزول أن المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبي طلحة لأنه حين أتاه به قال خذه بأمانة الله تعالى ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة قال - صلى الله عليه و سلم - (من ائتمن أمانة فليؤدها) وقال - صلى الله عليه و سلم - (أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك) وقال - صلى الله عليه و سلم - (علامة المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان)

على الموحد أن يحترز عما هو من علامة المنافق وذلك بأن يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ به مال نفسه فيضعها في بيته أو صندوقه لأنه وعد لصاحبها ذلك وخلف الوعد مذموم وإذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم والغرور في حق صاحبها وذلك حرام فإن وضعها في بيته أو صندوقه فهلكت لم يضمنه لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : من أودع وديعة فهلكت فلا ضمان عليه)

ولحديث ابن الزبير عن جابر - رضي الله تعالى عنه - (أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان) . فالمراد بالمغل الخائن قال - صلى الله عليه و سلم - (لا أغلال ولا أسلال في الإسلام)

والاغلال الخيانة والأسلال السرقة وقد قيل المغل المنتفع من قولهم : أرض مغل . أي كثير الريع والغلة فعلى هذا المراد المنتفع بغير إذن صاحبه

وقال عمر - رضي الله عنه - : العارية كالوديعة لا يضمنها صاحبها إلا بالتعدي

وقال علي - رضي الله تعالى عنه - : لا ضمان على راع ولا على مؤتمن

والمعنى فيه أن المودع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء - رحمهم الله تعالى - يد المودع كيد المودع ويستوي إن هلك بما يمكن التحرز عنه أو بما لا يمكن لأن الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ ولكن صفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقا في المعاوضة دون التبرع والمودع متبرع

---

(١) المبسوط، ١٢٦/٦

فإن دفعها إلى بعض من في عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره فلا ضمان عليه إذا هلكت استحسانا

وفي القياس هو ضامن لأنه استحفظ من استحفظ منه ويؤيد وجه القياس قوله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ والمراد النساء فإن كان هو منهيا عن دفع مال نفسه إلى امرأته فما ظنك في مال غيره . وجه الاستحسان أن المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه والإنسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله على ما قيل قوام العالم بشيئين كاسب يجمع وساكنة تحفظ ولأنه لا يجد بدا من هذا فإنه إذا خرج من داره في حاجته لا يمكنه أن يجعل الوديعة مع نفسه وإذا خلفها في داره صارت في يد امرأته حكما وما لا يمكن الامتناع عنه عفو

فأما ما سوى ذلك من العروض إن باعوا شيئا منه كانوا ضامنين له ألا ترى أن القاضي لا يبيع شيئا من ذلك للانفاق عليهم فكذلك لا يملكون بيعه وإنما لا يبيع القاضي مالا يخاف عليه الفساد في النفقة لأن في بيع ذلك في النفقة حجرا على الغائب وأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه وهما وإن كانا يريان الحجر على من لزمه حق فذلك عند ظهور تعنته وامتناعه وبهذا الطريق يقول لا يقضي القاضي دين المفقود من ماله وكذلك مهر امرأته والنفقات المجتمعة عليه قبل أن يفقد لأن ذلك لا يرجع إلى حفظ ملكه بل فيه نوع حجر عليه

وإذا رجع المفقود حيا لم يرجع في شيء مما أنفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من ماله وغلته ودينه لأن القاضي لما ثبت له ولاية الإنفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه وكذلك ما أنفقوا هم على أنفسهم من دنانير أو دراهم في وقت حاجتهم إلى النفقة لما بينا أنهم إذا ظفروا بجنس حقهم وسعهم أخذه بالمعروف فلا يضمنون شيئا من ذلك وكذلك إن كان في ماله طعام فأكلوه لأن ذلك من جنس حقهم وكذلك إن كان في ماله ثياب فلبسوها للكسوة لأن ذلك من جنس حقهم

فأما ما سوى ذلك من العروض إن باعوا شيئا منه كانوا ضامنين له ألا ترى أن القاضي لا يبيع شيئا من ذلك للانفاق عليهم فكذلك لا يملكون بيعه وإنما لا يبيع القاضي مالا يخاف عليه الفساد في النفقة لأن في بيع ذلك في النفقة حجرا على الغائب وأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه وهما وإن كانا يريان الحجر على من لزمه حق فذلك عند ظهور تعنته وامتناعه وبهذا الطريق يقول لا يقضي القاضي دين المفقود من ماله وكذلك مهر امرأته والنفقات المجتمعة عليه قبل أن يفقد لأن ذلك لا يرجع إلى حفظ ملكه بل فيه نوع حجر عليه

(قلنا) : لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف

وذكر في جملة من في عياله الأجير والمراد التمليذ الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مسانهة فأما الأجير بعمل من الأعمال كسائر الأجانب يضمن الوديعة بالدفع إليه فإذا انشق الكيس في صندوقه فاختلط بدراهمه فلا ضمان عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان عليه ولو يمكن تقصير فذلك من المودع بأن جعل دراهم الوديعة في كيس بال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكهما فإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بأن يجعل الهالك من نصيبه بأولى من الآخر والأصل في المال المشترك إذا هلك شيء منه أن ما هلك هلك على الشركة وما بقي على الشركة باعتبار أن الهالك يجعل كأن لم يكن

(وإن فعل ذلك إنسان ممن هو في عيال المودع من صغير أو كبير أو مملوك أو أجنبي فلا ضمان فيه على المستودع) لانعدام الخلط منه حقيقة وحكما فإن فعل من في عياله كفعله فيما هو مأمور به من جهته صريحا أو دلالة وذلك لا يوجد في الخلط ولكن الضمان على الذي خلطها بمباشرة الفعل الموجب للضمان والصغير والكبير في ذلك سواء لأن الصغير مؤاخذ بضمان الفعل فإن تحقق الفعل بوجوده لا ينعدم بالحجر بسبب الصغر

ثم الخلط أنواع ثلاثة :

(خلط) يتعذر التمييز بعده كخلط الشيء بجنسه فلهذا موجب للضمان لأنه يتعذر به على المالك الوصول إلى عين ملكه

وخلط يتيسر معه التمييز كخلط السود بالبيض والدراهم بالدنانير فهذا لا يكون موجبا للضمان لتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه فهذه مجاورة ليس بخلط

وخلط يتعسر معه التمييز كخلط الحنطة بالشعير فهو موجب للضمان لأنه يتعذر على المالك الوصول إلى عين ملكه إلا بحرج والمتعسر كالمعذر كما بيناه في الغصب

(فإن قيل) : تمييز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب من ماء فترسب الحنطة ويطفو الشعير

(قلنا) : في هذا إفساد للمخلوط في الحال

ثم الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير كما لا يخلو الشعير عن حبات الحنطة فما كان من حبات الحنطة لصاحب الشعير يرسب وما كان من حبات الشعير لصاحب الحنطة يطفو فعرفنا أن التمييز متعذر بهذا الطريق أيضا .
وكذلك خلط الجياد بالزيوف إن كان بحيث يتعذر التمييز أو يتعسر فهو موجب للضمان على الخالط وإن كان بحيث يتيسر التمييز لا يكون موجبا للضمان عليه يقول :

فإن لم يظهر بالخلط فقال أحدهما أنا آخذ المخلوط وأغرم لصاحبي مثل ما كان له فرضي به صاحبه جاز لأن الحق لهما فإذا تراضيا على شيء صح ذلك في حقهما وإن أبى أحدهما فإنه يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على التفسير الذي بيناه في الغصب قبل هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - ورواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - في أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما على ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح أنه قولهم جميعا لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل إلى كل واحد منهما بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط أن ينتفع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يك و ن لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن إذا لم يتراضيا على شيء

وإذا كان عند الرجل وديعة دراهم أو دنانير أو شيء من المكيل أو الموزون فأنفق طائفة منهما في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها اعتبارا للبعض بالكل ولو لم يصر ضامنا لما بقي منها لأنه في الباقي حافظ للمالك وبما أنفق لم

يتعيب الباقي فإن هذا مما لا يضره التبعيض فهو كما لو أودعه وديعتين فأنفق إحداهما لا يكون ضامنا للأخرى . فإن جاء بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي صار ضامنا لجميعها لأن ما أنفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون فعله هذا خلطا لما بقي بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه

فإن كان حين أنفق بعضها وجاء بمثله فخلط بالباقي أفتى بأنه صار ضامنا لها كلها فباعها ثم جاء رب الوديعة فضمنها إياه وفي الثمن فضل قال : يطيب له حصة ما خلطه بها من ماله من الفضل لأنه ربح حصل على ملكه وضمانه ويتصدق بحصة الثاني من الوديعة في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله

وفي قول أبي يوسف - رحمه الله - لا يتصدق به لأنه بالضمان قد ملكه مستندا إلى وقت وجوب الضمان ولهذا نفذ بيعه فكان هذا ربحا حاصلا على ملكه وضمانه فيطب له كما في حصة ملكه وهما يقولان هذا ربح حصل له بكسب خبيث فإنه ممنوع من بيع الوديعة إما لبقاء ملك المودع كما في الباقي بعد الخلط في إحدى الروايتين أو لبقاء حقه على ما قلنا والربح الحاصل بكسب خبيث سبيله التصدق به ولأن المودع عند البيع يخبر المشتري أنه يبيع ملكه وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة بدليل حديث قيس بن عروة الكناني قال كنا نتبايع في الأسواق بالأوساق ونسمي أنفسنا السماسرة فدخل علينا رسول الله - صلى الله عليه و سلم - وسمانا بأحسن الأسماء وقال : (يا معشر التجار إن تجارتكم هذه يحضرها اللغو والكذب فشربوها بالصدقة) . فعملنا بالحديث في إيجاب التصدق بالفضل

وهذا إذا كانت الوديعة شيئا يباع فإن كانت دراهم فالدراهم يشتري بها ثم ينظر إن اشترى بها بعينها ونقدها لا يطيب له الفصل أيضا وإن اشترى بها ونقد غيرها أو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقدها يطيب له الربح هنا لأن الدراهم لا تتعين بنفس العقد ما لم ينضم إليه التسليم ولهذا لو أراد أن يسلم غيرها كان له ذلك فأما بالقبض يتعين نوع تعين ولهذا لا يملك استرداد المقبوض من البائع ليعطيه مثلها فلهذا قلنا إذا استعان في العقد والنقد جميعا بالدراهم الوديعة أو المغصوبة لا يطيب له الفضل وكذلك إن اشترى بها مأكولا ونقدها لم يحل له أن يأكل ذلك قبل أداء الضمان ولو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم حل له أن ينتفع بها

وفي النوادر لو اشترى دينارا بعشرة دراهم ونقد الدراهم المغصوبة لم يحل له أن ينتفع بالدينار ما لم يؤد الضمان لأن صاحب الدراهم إذا استحق دراهمه فسد العقد ووجب عليه رد الدينار فكانت كالمقبوض بحكم عقد فاسد بخلاف ما لو نقدها في ثمن الطعام لأنه بالاستحقاق هناك لا يبطل الشراء بل يبقى الثمن دينا في ذمته كما كان

وعلى هذا قالوا لو غصب ثوبا واشترى به جارية لم يحل له أن يطأها لأنه لو استحق الثوب لزمه رد الجارية . ولو تزوج بالثوب المغصوب امرأة حل له أن يطأها لأن المغصوب منه إذا استحق الثوب لا يبطل النكاح ولا التسمية

(فإن كان أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بداله فرده إلى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه) لأن رفعه حفظ فلا يكون موجبا للضمان عليه

بقي مجرد نية الإنفاق في حاجته وبمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى أن يغصب مال إنسان وهذا لقوله - صلى الله عليه و سلم - (إن الله تعالى تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسهم ما لم يعملوا أو يتكلموا) والعراقيون يقولون

كاد ولما أي كاد يعصي فعصم والمعصوم لا يعاقب بعقوبة من عصى ولئن صار ضامنا بالرفع فقد عاد إلى الوفاق برد العين إلى مكانه وذلك يبرئه عن الضمان عندنا على ما نبينه بخلاف ما سبق لأن هناك إنما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما أنفق ولهذا لا يكون عودا إلى الوفاق فيما خالف فيه وهنا إنما جاء بالوديعة بعينها فتحقق عوده إلى الوفاق وهذا أولى الوجهين عندي فإنه لو باعها ثم ضمن قيمتها نفذ البيع من جهته وإنما يستند ملكه بالضمان إلى وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجبا للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه إلى تلك الحالة فينبغي أن لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة في هذا الكتاب وفي المضاربة أن البيع نافذ فعرفنا أن الأوجه هو الطريق الثاني

(وإذا طلب المودع الوديعة فقال المستودع قد رددتها عليك فالقول قوله مع يمينه) لأنه أمين والقول قول الأمين مع اليمين لإنكاره السبب الموجب للضمان وإخباره بما هو مسلط عليه وهو رد الوديعة على صاحبها والمودع هو الذي سلطه على ذلك فيجعل قوله كقول المسلط إلا أنه يستحلف لنفي التهمة عنه . وكذلك لو سرقت أو ضاعت أو ذهبت وقال لا أدري كيف ذهبت لأنه أمين أخبر بما هو محتمل ولأنه ينكر وجوب الضمان عليه والمالك يدعي عليه سبب الضمان وهو المنع بعد الطلب فلا يصدق إلا بحجة

(واختلف) المتأخرون - رحمهم الله - فيما إذا قال ابتداء لا أدري كيف ذهبت فمنهم من يقول هو ضامن لها لأنه جهلها بما قال والمودع بالتجهيل يصير ضامنا بخلاف ما إذا قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت لأن بقوله ذهبت يخبر بهلاكها ويكفيه هذا المقدار فلا معتبر بعد ذلك بقوله لا أدري كيف ذهبت والأصح أنه لا يصير ضامنا لأنه مخبر بهلاكها محترز عن الكذب والمجازفة في القول بقوله لا أدري كيف ذهبت وهذا لأن أصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة وإنما التجهيل في كيفية الذهاب والإخبار بأصل الذهاب يكفي في براءته عن الضمان

وإن قال بعثت بها إليك مع رسولي وسمى بعض من في عياله فهو كقوله رددتها عليك لأن يد من في عياله لما جعل كيده في الحفظ فكذلك في الرد يد من في عياله كيده فلا يصير بهذا مقرا بالسبب الموجب للضمان عليه

(وإذا قال بعثت بها إليك مع أجنبي فهو ضامن حتى يقر المودع بوصولها إليه عندنا) (قال) ابن أبي ليلى - رحمه الله - لا ضمان عليه وهذا بناء على أن عنده للمودع أن يودع غيره لأنه يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله وقد يودع الإنسان مال نفسه من أجنبي فكذلك له أن يودع الوديعة من غيره فلا يصير ضامنا بالدفع إلى غيره ليحفظ أو يرد كما في حق من في عياله . وعندنا ليس للمودع أن يودع غيره لأن الحفظ يتفاوت فيه الناس والمودع إنما رضي بحفظه وأمانته دون غيره فإذا دفع إلى أجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذي التزمه مستحفظا عليه من استحفظ منه فيكون ضامنا . بخلاف من في عياله فإن المودع هو الحافظ له بيد من في عياله لأن من في عياله في يده فما في يد من في عياله كذلك فأما إذا دفع إلى أجنبي لا يكون هو حافظا له بل الأجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا حتى يقر المودع بوصوله ا إليه فإذا أقر بذلك برئ عن الضمان بوصول المال إلى يد صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول المغصوب إلى يد صاحبه

وكذلك العارية في جميع ذلك لأنها أمانة كالوديعة وفي هذا بيان أن المستعير ليس له أن يودع أجنبيا كالمودع

وقد قال بعض مشايخنا – رحمهم الله – له ذلك لأن للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به وفي الإعارة إيداع وزيادة ولكن الأول أصح لأن المستعير عندنا مالك للمنفعة فإعاراته من الغير تصرف فيما هو مملوك له وهو المنفعة ثم يتعدى تسليمه إلى العين حكما لتصرفه في ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه فأما إيداعه من الغير فهو تصرف في العين ولا حق له في العين فيكون موجبا للضمان عليه كالإيداع من المودع

فإن قال بعثت بها إليك مع هذا الأجنبي أو استودعتها إياه ثم ردها علي فضاعت عندي لم يصدق وهو ضامن لها لأنه أقر بوجود السبب الموجب للضمان عليه ثم ادعى ما يسقط عنه فلا يصدق كالغاصب إذا ادعى رد المغصوب فإن أقام البينة على ذلك برئ من الضمان لأنه أثبت البراءة بالحجة والثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم وهو مذهبنا فإن المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان وعند الشافعي – رضي الله تعالى عنه – لا يبرأ وبيانه في هذه المسألة وفيما إذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه فهلك وحجة الشافعي قوله – صلى الله عليه و سلم – (على اليد ما أخذت حتى ترد) وهو حين أخذها للاستعمال صارت مضمونة عليه حتى لو هلكت في تلك الحالة ضمنها فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ولم يوجد ولأن الوديعة تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود تارة وبالخلاف من طريق الفعل أخرى ثم إذا ضمنها بالجحود لم يبرأ بذلك ا لخلاف ما لم يردها إلى المالك . فكذلك بالاستعمال بل أولى لأن الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل به

وقاس بالمستأجر للدابة إلى مكان إذا جاوزه ثم عاد إليه لم يبرأ

وكذلك المستعير يعلم أنه أمين ضمن الأمانة بالخيانة ولأن المودع معير يده من المودع في الحفظ فإذا خالف فقد استرد يد عاريته وهو ينفرد به ثم إذا عاد إلى الوفاق فقد أراد إعادة يده ثانيا منه وهو لا ينفرد به ولأن موجب العقد هو الحفظ للمالك وبالخلاف يفوت موجب العقد إما لتركه الحفظ أصلا أو لتركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه فلا يبقى العقد بعد فوات موجبه ولأن الإنسان إنما يأتمن الأمين على ماله دون الخائن ومطلق العقد يتقيد بدلالة العرف كالشراء بمطلق الدراهم يتقيد بنقد البلد وإذا تقيد العقد بما قبل الخلاف لا يبقى بعده

وحجتنا في ذلك أن الإيداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف

وبيان الوصف أنه قال احفظ مالي أو قال احفظه أبدا ولا يشكل على أحد أن هذا اللفظ يتناول الحفظ قبل الخلاف وبعده ثم لم يبطل بالخلاف لأن بطلان الشيء بما هو موضع لإبطاله أو بما ينافيه والاستعمال ليس بموضع لإبطال الإيداع وهو لا ينافيه

ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل له والخلاف ليس برد لأن الأمر قول ورد القول بقول مثله ولأن الخلاف يكون في حال غيبة المودع ولو قال رددت الأمر في هذه الحالة لم يرتد ولأنه تصرف في حفظ الواجب بالأمر على خلاف ما يوجبه وليس بتصرف في الأمر وصحة الأمر كأن يكون الآمر أهلا له وكون الحفظ مقصودا من المأمور ولم ينعدم شيء من ذلك بخلاف الجحود فإنه رد للأمر بعينه لأن الجاحد يكون متملكا للعين والمالك في ملكه لا يكون مأمورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه أوامر الشرع فالجحود فيها رد والخلاف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما أو صلاة لم يكفر

(وكذلك) في أوامر العباد إذا وكله ببيع عين بألف فباعه بخمسمائة وسلم لم تبطل الوكالة مع تحقق الخلاف ومع أن الوكالة جائزة غير لازمة كالإيداع . وعذره أن البيع لا يستغرق المدة فالأمر به لا يبطل بالخلاف والحفظ يستغرق المدة فيبطل الأمر به إذا خالف في بعض المدة هنا وهناك حتى يصير ضامنا

ويشكل بالاستئجار للحفظ فإنه يستغرق المدة ثم لا يبطل بالخلاف من طريق الفعل وعذره عن الإجارة أنها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف لأن بطلان العقد عنده بفوات المعقود عليه واللازم وغير اللازم فيه سواء إنما يفترق اللازم وغير اللازم فيما هو رد . ثم في الاستئجار العقد ورد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا فيما وراءه كبقاء المعقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل

فأما استئجار الدابة إلى مكان فقد قال بعض أصحابنا – رحمهم الله – إن استأجرها ذاهبا وجائيا يبرأ عن الضمان بالعود إلى ذلك المكان فيصير ضامنا بالمجاوزة لوجود سبب الضمان ثم بالعود إلى ذلك المكان لا يعود العقد بينهما

ولو سلمنا فنقول العقد هناك يرد على منافع الدابة في ذلك المكان فبإخراج الدابة من ذلك المكان يفوت المعقود عليه أصلا وهنا العقد يرد على منفعة الحافظ وبالخلاف من طريق الفعل لم يفت جميع المعقود عليه إنما وقع التغير في التسليم في بعضه لأنه كان مأمورا بتسليم العين في المصر فإذا أخرجه يتغير التسليم من غير أن يفوت المعقود عليه حتى أن في الإجارة لو حمل عليها حملا آخر في ذلك المكان ثم نزع برئ عن الضمان لبقاء المعقود عليه وتمكن التغير كان في الاستيفاء ولأن المستأجر ضامن بالإمساك لا في المكان المأمور به وهو في الإمساك عامل لنفسه

ألا ترى أنه لو أمسكها أياما في بيته كان ضامنا فلا يتحقق الرد منه بعد الخلاف إذا كان ممسكا لمنفعة نفسه فأما المودع لا يضمن بالإمساك بل بالاستعمال وقد زال ذلك كله حتى أن في الإجارة إذا لم يضمن بالإمساك برئ بترك الخلاف على ما قال في الإجارات إذا استأجرت المرأة ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبست بالليل كانت ضامنة فإذا جاء النهار برئت لأن الضمان عليها بالاستعمال ليلا دون الإمساك

(وإذا ثبت بقاء عقد الوديعة فنقول يد المودع كيد المودع) فإما أن يجعل في حالة الخلاف كأن العين في يد المالك والمستعمل متشبث به فإن هلك من عمله ضمن وإلا فلا كما لو تشبث بثوب في يد صاحبه وهذا اختيار الهندواني – رحمه الله – والأصح أنه ضامن إذا هلك في حالة الخلاف سواء كان من استعماله أو من غير استعماله

وفي الكتاب ما يدل عليه فإنه قال برئ عن الضمان وذلك لا يكون إلا بعد صيرورة العين مضمونا عليه

ولو تنازعا في الهلاك أنه كان في حالة الخلاف أو بعد ترك الخلاف كان القول قول المالك فعرفنا أنه صار ضامنا وطريق صيرورته ضامنا تفويت المعقود عليه ونزع يده ضمنا للخلاف ولكن ما ثبت ضمنا للشيء يتقدر بقدره ففيما وراء زمان الخلاف يد المودع كيد المودع لبقاء العقد والاستدامة فيما يستدام له حكم الإنشاء

ولو أودعه ابتداء برئ عن الضمان باعتبار إن يد المودع كيد المودع فكذلك هنا

وتبين بهذا أن استرداده يد عاريته كان مقصودا على حالة الخلاف لأنه ثبت ضمنا له ودعوى تقييد الأمر بما قبل الخلاف . كلام باطل فإن أحدا لا يظن بصاحب المال أن يقول احفظ مالي ما لم تخن فإذا خنت فلا تحفظ ولكنه يقول احفظ ولا تحن فإذا خنت فاترك الخيانة واحفظه لي لأن مقصوده من الأمر بالحفظ أن يكون ماله مصونا عنده والحاجة إلى ذلك في حالة الخلاف أظهر

وإذا طلب المودع الوديعة فجحدها المستودع كان ضامنا لها لوجهين :

(أحدهما) : أنه بالجحود صار متملكا فإن الشرع جعل القول قوله فيما في يده ولا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه إلا بالضمان

ولأن المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالجحود صار مانعا المالك عن ملكه مفوتا عليه يده الثابتة حكما فيكون كالغاصب ضامنا بهذا الطريق ولم يذكر في الكتاب إذا جحدها لا في وجه المودع

فإن قال له إنسان ما حال وديعة فلان عندك فجحدها أو جحدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال له ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها وذكر الفصلين في اختلاف زفر ويعقوب - رحمهما الله - أنه على قول زفر يكون ضامنا لما ذكرنا أنه بالجحود متملك لها ومفوت يد المالك حكما

(وقال) أبو يوسف : لا يكون ضامنا لأن المالك ما عزله عن الحفظ فيكون العقد باقيا وباعتبار بقائه يده كيد المالك في العين ولأن الجحود في حال غيبة المالك من الحفظ لأنه طريق لدفع طمع الطامعين عنها فلا يكون موجبا للضمان عليه . فإن أقام رب الوديعة البينة بعد جحود المودع أنه استودعه كذا ثم أقام المستودع البينة أنها ضاعت فهو ضامن لها لأنه بالجحود صار ضامنا وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر عليه الضمان . وكذلك إن أقام البينة أنها كانت ضاعت قبل جحوده لأن البينة لا تقبل إلا بعد تقدم الدعوى

وهو مناقض في كلامه فجحوده أصل الإيداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله فلهذا لا تقبل بينته إلا أن يقر المودع بذلك فحيئنذ لا ضمان على المودع لأن الإقرار موجب بنفسه في حق المقر ولأن المناقض إذا صدقه خصمه كان مقبول القول

(وإن قال لم تودعني شيئا ثم قال قد أودعتني ولكنها هلكت فهو ضامن لها) لما بينا أن جحوده أصل الإيداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعد الجحود يؤكد الضمان عليه

(وإن قال قد أعطيتكها ثم قال بعد أيام لم أعطكها ولكنها ضاعت لم يصدق وهو ضامن لها) وطعن عيسى في هذا وقال لا ضمان عليه لأنه تكلم بكلامين لو تكلم بكل واحد منهما على الانفراد لم يكن ضامنا فبمجموعهما كيف يصير ضامنا

وتقرير هذا من وجهين :

(أحدهما) : أن الضمان يستدعي سببا لا محالة ولم يوجد لأن قبضه بإذن المالك ولم يوجد منه جحود ليكون ضامنا

(والثاني) : أن قول المودع رددتها أو هلكت معتبر في نفي الضمان عنه لا في ثبوت الرد به ولهذا لو ادعى الرد على الوصي لم يضمن الوصي شيئا . وإذا كان المقصود نفي الضمان عنه ولا تناقض بين كلاميه فيما هو المقصود لا يكون ضامنا شيئا . ووجه ظاهر الرواية : أنه مناقض في كلامه لأن إخباره بالرد من دعوى الهلاك في يده وإخباره بالهلاك في يده يمنعه من دعوى الرد فسقط اعتبار كلامه للتناقض فيبقى ساكتا ممتنعا من رد الوديعة بعد ما طولب بها وذلك سبب موجب للضمان عليه فكان ضامنا لهذا

فإن قال استودعتني ألف درهم فضاعت وقال الطالب كذبت بل غصبتها مني فالقول قول المستودع لأن المقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب والمستودع منكر لذلك ولم يسبق منه إقرار بسبب موجب للضمان إنما ذكر أن صاحب المال وضع ماله في موضع فضاع وفعل الإنسان في ماله نفسه لا يكون موجبا للضمان على غيره

وإن قال المستودع أخذتها منك وديعة وقال الآخر بل غصبتني فهو ضامن لها لإقراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه في ملك الغير وهو الآخذ . قال - صلى الله عليه و سلم - (على اليد ما أخذت حتى ترد) ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو إذن المالك إياه في الأخذ فلا يصدق على ذلك ويكون ضامنا إلا أن يقيم البينة أو يأتي المالك اليمين فيقوم نكوله مقام إقراره . وإن قال رب المال : بل أقرضتكها قرضا وقال المستودع بل وضعتها عندي وديعة أو أخذتها منك وديعة وقد ضاعت فلا ضمان عليه لأنهما تصادقا على أن الأخذ حصل بإذن المالك فلا يكون موجبا للضمان إلا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعي ذلك بقوله أقرضتكها والمودع منكر فكان القول قوله لانكاره . ثم بين في خلط الحنطة بالشعير أنه إن كان بحيث يستطاع أن يخلص فلا ضمان على المودع وقد يكون ذلك بأن يدق حبات الحنطة فتغربل فتتميز من الشعير فإذا كان بهذه الصفة كان هذا كخلط البيض بالسود فلا يكون موجبا للضمان

(رجل استودع رجلا ألف درهم وله على المستودع ألف قرض فأعطاه ألف درهم ثم اختلفا بعد أيام فقال الطالب : أخذت الوديعة وقال المستودع أعطيت القرض وقد ضاعت الوديعة فالقول قول المستودع) لأنه هو الدافع للألف فالقول قوله أنه من أي جهة دفعه وقد زعم أنه دفعه عن جهة قضاء الدين فبرئ من الدين به وبقيت الوديعة في يده وقد أخبر بهلاكها فالقول قوله في ذلك يوضحه أنه لو لم يدفع إليه شيئا حتى أخبر بهلاك الوديعة كان القول قوله ولا يجب عليه إلا أداء الألف بدل القرض فكذلك إذا أخبر بهلاك الوديعة بعد أداء الألف

(رجل استودع صبيا محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وهو ضامن في قول أبي يوسف والشافعي - رحمهما الله -) وجه قولهما : أن ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء لما بينا أن تحقق الفعل بوجوده . ألا ترى أن الوديعة لو كانت عبدا أو أمة فقتلهما الصبي كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك في سائر الأموال ولأن الإيداع من الصبي باطل لأنه استحفاظ من لا يحفظ فكأنه لم يودعه ولكنه جاء فأتلف ماله واستحفاظ من لا يحفظ تضييع للمال فكأنه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فأتلفه صبي كان ضامنا فكذا هذا . وحجة أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ما قال في الكتاب لأنه صبي وقد سلطه رب المال على ماله حين دفعه إليه (وفي) تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام :

(أحدهما) : أنه تسليط باعتبار العادة لأن عادة الصبيان إتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الأمور فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير كالإذن له في الإتلاف وبقوله احفظ لا يخرج من أن يكون إذنا لأنه إنما يخاطب بهذا من لا يحفظ فهو كمقدم الشعير بين يدي الحمار وقال لا تأكل . بخلاف العبد والأمة لأنه ليس من عادة الصبيان القتل لأنهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون إيداعه تسليطا على القتل باعتبار عادتهم وهذا بخلاف الدابة فإن من عادتهم إتلاف الدواب ركوبا فيثبت التسليط في الدابة بطريق العادة

والأصح أن نقول : معنى التسليط تحويل يده في المال إليه فإن المالك باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه فإذا حول يده إليه صار ممكنا له من استهلاكه بالغا كان المودع أو صبيا إلا أنه بقوله احفظ قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لأنه لما التزم بالعقد والصبي ليس من أهله فيبقى التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد إليه مطلقا بخلاف العبد والأمة فإن المالك باعتبار يده ما كان متمكنا من قتل الآدمي فتحويل اليد إليه لا يكون تسليطا على قتله ولأن الإيداع من المالك تصرف في ملكه والمملوك في حكم الدم مبقي على أصل الحرية فلا يتناوله الإيداع والتسليط يثبت باعتباره . بخلاف ما لو قال اقتل عبدي لأن ذاك استعمال والاستعمال وراء التسليط فإن بعد الاستعمال إذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسليط يسقط حق المسلط في التضمين لرضاه به و لا يثبت لأحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا في هذا الموضع أن الصبي المستهلك إذا ضمن للمستحق لا يرجع على المودع بخلاف ما لو قال له اتلفه فذلك استعمال للصبي وهذا تسليط له بمنزلة قوله أبحت لك أن تأكل هذا الطعام إن شئت ولو قال ذلك فأكله الصبي لم يضمن ولو جاء مستحق وضمنه لم يرجع على الذي قال له ذلك فهذا مثله إلا أن أبا يوسف يقول قوله احفظه بمنزلة الاستثناء مما تناوله مطلق التسليم والاستثناء تصرف من المستثنى على نفسه في حقه فلا يعتبر لصحته حال المخاطب به أو ثبوت ولاية له عليه بل باستثنائه يخرج ما وراء الحفظ من هذا التسليط فإذا استهلكه الصبي كان مستهلكا بغير إذنه ولكن أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - يقولان : التسليط بالفعل وهو نقل اليد إليه مطلقا وقوله احفظ كلام فلا يتحقق استثناؤه من الفعل المطلق بل يكون معارضا لذلك الفعل الذي هو تسليط ولا يكون معارضا إلا بعد صحته حكما لكون المخاطب من أهل الالتزام بالعقد وذلك في حق البالغ دون الصبي فيبقى التسليط مطلقا في حق الصبي

والدليل عليه أن الصبي لوضيع الوديعة لم يضمن بأن رأى إنسانا يأخذها أو دله على أخذها والبائع يضمن بمثله فعرفنا أن العارض صحيح في حق البالغ دون الصبي

وعلى هذا لو أودع عبدا محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - حتى يعتق لأن العارض صحيح في حقه دون المولى فإنه التزام بالنقد

وعلى وقول أبي يوسف يباع فيه في الحال لأن المودع يتصرف على نفسه في الاستثناء فيبقى الاستهلاك بغير إذنه

فإن كان العبد صبيا لم يضمن عندهما في الحال ولا بعد البلوغ والعتق لأن العارض لم يصح في حقه ولا في حق المولى وإن كان الصبي أو العبد مأذونا كان ضامنا في الحال لأن العارض قد صح في حقهما وفي حق المولى فالمأذون من أهل الالتزام بالعقد ولهذا يؤاخذان بضمان التضيع

وعلى هذا الخلاف لو أقرض صبيا محجورا عليه أو عبدا محجورا عليه مالا فاستهلكه لأن التسليم إليه تسليط وقوله أقرضتك معارض لقوله احفظ في الوديعة على ما بينا :

وكذلك لو باع من صبي محجور عليه أو عبد محجور عليه أو عبد محجور عليه (شيئا فاستهلكه فهو على هذا الخلاف لأن التسليم إليهما تسليط وقوله بعت معارض فلا يعمل هذا المعارض في حق الصبي أصلا ولا في حق العبد حتى يعتق فهذا هو الحرف الذي يخرج عليه هذه المسائل

(وإن هلكت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليهما) لانعدام صنيع موجب للضمان منهما . وفي قتل العبد والأمة يجب عليهما ما يجب قبل الإيداع فعلى عاقلة الصبي قيمة المقتول في ثلاث سنين عمدا قتله أو خطأ لأن عمد الصبي وخطأه سواء وعلى المملوك القصاص إن قتله عمدا وإن قتله خطأ يخاطب المولى بالدفع أو الفداء في العبد وعليه القيمة في المدبر وأم الولد يعني الأقل من قيمة المقتول وقيمة القاتل وعلى المكاتب أن يسعى في الأقل من قيمته ومن قيمة المقتول

ولو أودع رجلا شيئا فاستهلكه ابن له صغير أو عبد فعلى المستهلك ضمانه في الحال لأن قبوله الوديعة يكون إذنا لمن في عياله بأن يحفظهما والصبي والعبد إذا كان مأذونا في حفظ الوديعة يؤاخذ بضمان الاستهلاك (رجل استودع رجلا ألف درهم فدفعها المستودع إلى آخر وادعى أن رب الوديعة أمره بذلك لم يصدق عليه إلا ببينة) (وقال) ابن أبي ليلى : هو مصدق في ذلك مع يمينه لأن عنده للمودع أن يودع وهو منكر لوجوب الضمان عليه ثم يدعي ما يسقط الضمان عنه وهو الإذن فلا يصدق إلا ببينة كما لو أخذ مال إنسان فادعى أنه أخذه بإذنه . وله أن يستحلف صاحبها أنه لم يأمره بالدفع لأنه لو أقر بالأمر برئ المودع فإذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله

فإن كان رب الوديعة أمره أن يدفعها إلى رجل فقال قد دفعتها وقال الرجل لم أقبضها منك وقال ربع الوديعة لم تدفعها فالقول قول المودع مع يمينه لأن دعواه الدفع إلى من أمر المالك بالدفع إليه بمنزلة دعواه الدفع إلى مالكها فيكون مصدقا في براءته عن الضمان دون وصول المال إلى ذلك الرجل حتى لا يضمن ذلك الرجل ما لم تقم البينة على قبضه

وإذا قال صاحب الوديعة للمودع أخبئها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر في داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحسانا وفي القياس هو ضامن لأنه خالف أمره نصا فهو كما لو قال أخبئها في دارك هذه فخبأها في دار أخرى فهلكت

وفي الاستحسان يقول إنما يعتبر من كلامه ما يون مفيدا دون ما لا يكون مفيدا . ألا ترى أنه لو قال احفظها بيمينك دون يسارك أو انظر إليها بعينك اليمنى دون اليسرى لم يعتبر لأنه غير مفيد

إذا ثبت هذا فنقول البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في معنى الحرزية لأن الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق إذا أخرج المتاع من أحد البيتين إلى البيت الآخر لم يقطع إذا أخذ قبل أن يخرجه من الحرز فأما الداران يتفاوتان في الحرز فكان تقييده في الدار مفيدا لأن كل دار حرز على حدة

ألاترى أنه لو قال له لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها إلى البصرة كان ضامنا لها لأن التقييد في المصرين مفيد فإن انتقل من الكوفة إلى البصرة أو إلى غيرها لشيء لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه لأن المودع إنما يلتزم شرط المودع بحسب إمكانه

ألا ترى أنه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهارا فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها لأن ما شرط عليه ليس في وسعه باعتبار العادة فكذلك يسقط اعتبار شرطه إذا لم يجد بدا من الانتقال من بلد إلى بلد فلا ضمان عليه إذا هلكت وهذا بناء على أصلنا فإن للمودع أن يسافر بالوديعة عند إطلاق العقد . وعند الشافعي ليس له ذلك لأن فيه تعريض المال للهلاك قال - صلى الله عليه و سلم - (المسافر ومتاعه وماله على قلت إلا ما وقى الله تعالى) وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف وهذا بخلاف الأب والوصي والمضارب فإنهم يسافرون للتجارة وطلب الربح . ألا ترى أن لهم أن يسافروا بالمال من طريق البحر وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة ولهذا لا يسافر من طريق ا لبحر . يوضحه : أن مقصود المودع أن يكون ماله في المصر محفوظا يتمكن منه متى شاء ويفوت عليه هذا المقصود إذا سافر المودع به . وحجتنا في ذ لك أن الأمر مطلق فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان وهذا لأن من يراعي أمره في شيء يراعي إطلاق أمره كأوامر الشرع والأمكنة كلها في صفة الأمر سواء إنما الخوف من الناس دون المكان فإذا كان الطريق أمنا كان الحفظ فيه كالحفظ في جوف المصر ومراد رسول الله - صلى الله عليه و سلم بيان الحالة في ذلك الوقت فإن المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الأمر بعده قال يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية إلى مكة لا تخاف إلا الله تعالى والذئب على غنمها ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لأن النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال إليه خصوصا إذا سافر إلى البلد الذي فيه صاحب المال ولأن المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة وإذا خرج فإما أن يدفع الوديعة إلى غيره فيكون تاركا للنص لأنه أمر ه أن يحفظ بنفسه وإما أن يحمل مع نفسه فيكون مخالفا لمقصوده ولا شك أن مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود ولهذا قال أبو حنيفة ما له حمل ومؤنة وما لا حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء بعدت المسافة أو قربت لمراعاة النص وهو القياس واستحسن أبو يوسف - رحمه الله تعالى - فقال : إذا كان له حمل ومؤنة فليس له أن يسافر به لأنه يلزم صاحبها مؤنة الرد ولا ولاية له عليه في إلزام المؤنة إياه . واستحسن محمد - رحمه الله تعالى - فقال إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها وإذا بعدت المسافة فليس له ذلك لأنه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة إذا أراد ردها

ولو أودعه وديعة فقال لا تدفعها إلى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فإني أتهمهم عليها فدفعها إلى الذي نهاه عنه فهلكت فإن كان يجد بدا من الدفع إليه بأن كان له سواه أهل وخدم فهو ضامن وإن كان لا يجد بدا من ذلك لم يضمن لأن شرطه هذا مفيد وقد يأتمن الإنسان الرجل على ماله ولا يأتمن زوجته إلا أنه إنما يلزمه مراعاة شرطه

بحسب الإمكان لا فإذا كان يجد بدا من الدفع إلى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور به فيصير ضامنا ب ." (١)

" (قال) (وإذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا وقبضه الواهب لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في عوضه) والحاصل أن العوض في الهبة نوعان متعارف ومشروط فبدأ الباب ببيان ما هو متعارف من العوض غير مشروط والأصل أن المعوض بمنزلة الواهب حتى يشترط في العوض ما يشترط في ابتداء الهبة فلا يحصل الملك للواهب إلا بالقبض بعد القسمة لأن المعوض متبرع مختار في هذا التمليك كالواهب وبعد وصول العوض إلى الواهب لا رجوع له في الهبة لقوله – صلى الله عليه و سلم – ما لم يثب منها وحكم ما بعد الغاية بخلاف ما قبله ولأن حق الرجوع له في الهبة كان لخلل في مقصوده وقد انعدم ذلك لوصول العوض إليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيبا فيزول العيب قبل أن يرده ولا يرجع المعوض في عوضه أيضا لأن مقصوده بالتعويض إسقاط حق الواهب في الرجوع وقد نال هذا المقصود ولأنه مجازى في التعويض وبقاء جزء الشيء ببقاء أصله فإذا كان الموهوب سالما له فينبغي أن يكون الجزء سالما لصاحبه أيضا

(قال) (وإن وهب عبدا لرجلين فعوضه أحدهما من حصته كان له أن يرجع في حصة الآخر) لأنه لم يصل إليه العوض عن حصة الآخر والجزء معتبر بالكل والرجوع في النصف شائع صحيح بخلاف ابتداء الهبة لأن الراجع ليس يتملك بالرجوع بل يعيده إلى قديم ملكه والشيوع من ذلك لا يمنع وبالرجوع في النصف لا تبطل الهبة فيما بقي لأنه شيوع طرأ بعد تمام الهبة فلا يكون مؤثرا فيه فإن ما يتمم القبض معتبر بأصل العقد وعود الموهوب إلى يد الواهب لا يمنع بقاء الهبة فالشيوع كذلك

فإن عوضه أحدهما عن نفسه وعن صاحبه لم يكن للواهب أن يرجع في شيء من العبد لأنه في نصيب صاحبه أجنبي والتعويض من الأجنبي صحيح وإن كان بغير أمر الموهوب له لأنه تصرف في المعوض في ملكه وإنما يسقط به حق الواهب في الرجوع ومثل هذا التصرف يصح من الأجنبي كصلح الأجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله ولا يكون للمعوض أن يرجع في شيء من العوض لأن مقصوده قد حصل حتى سقط حق الواهب عن الرجوع في الكل ولا يرجع على صاحبه أيضا بشيء سواء عوضه بأمره أو بغير أمره وكذلك لو عوضه أجنبي عن الهبة شيئا أما إذا كان بغير أمره فلا يشكل وإن كان بأمره فالتعويض لم يكن مستحقا على الموهوب له فإنما أمره بأن يتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يثبت له حق الرجوع عليه من غير ضمان ولأنه مالك للتعويض بدون أمره فلا معتبر بأمره فيه وهذا بخلاف الدين فإنه إذا كان أمر إنسانا بقضاء دينه يرجع عليه بما أدى لأن الدين كان معلوما في ذمته وهو كان مطالبا فقد أمره أن يسقط عنه المطالبة بمال يستحق عليه وأمره أن يملكه ما في ذمته بعوض

---

(١) المبسوط، ١٥٥/٦

ولو أمره أن يملكه عينا بعوض رجع عليه بما أدى فيه من ملك نفسه فهذا مثله وهنا لم يكن للواهب في ذمة الموهوب له ملك فالمعوض غير مملوك منه ولا هو مسقط عنه مطالبة مستحقة لأنه ما كان يستحق عليه العوض إنما كان للواهب حق الرجوع فقط والموهوب له كان متمكنا من إسقاط حقه بدون التعويض بأن يتصرف فيه فلهذا لا يرجع عليه المعوض بأمره إذا لم يضمن له . ألا ترى أنه فيما هو فوق هذا لا يرجع بالأمر بدون الشرط نحو ما إذا قال كفر يميني من طعامك أو أد زكاة مالي بمالك فهذا أولى

(قال) (إذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا فقال هذا عوض من هبتك أو ثواب من هبتك أو بدلها أو مكانها فهذا كله عوض) لأن الشرط في التعويض أن يضيف إلى الموهوب ليندفع به الغرر عن الواهب ويعلم الواهب أنه يعطيه جزاء صنعه وإتماما لمقصوده وقد حصل ذلك بهذه الألفاظ فإنما ينبني الحكم على ما هو المقصود فإذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء فإن استحقت الهبة كان للمعوض أن يرجع في عوضه لأنه إنما عوضه ليتم سلامة الموهوب له بإسقاط حق الواهب في الرجوع وقد فات ذلك عليه باستحقاق الموهوب فيتمكن من الرجوع في العوض أو لأن المعوض كالواهب فإذا استحق الموهوب فلم يبق له بمقابلة هبته شيء فكان له أن يرجع بالهبة وإن كان المعوض هالكا ضمنه قيمته

وروى بشر عن أبي يوسف – رحمهما الله تعالى – أنه لا يضمنه شيئا لأن المعوض واهب وقبض الهبة ليس بقبض ضمان ولأنه تبين أنه بمنزلة الواهب ابتداء فيكون حقه في الرجوع مقصورا على العين لحق الواهب ابتداء

وجه ظاهر الرواية أن المعوض إنما رضي بالتعويض ليتم له به سلامة الهبة فإذا استحق فقد تمكن الخلل في رضاه فيجعل كما لو قبض الواهب بغير رضاه وهلك في يده فعليه ضمان القيمة ولأن الواهب عاد له في هبة المستحق ولولا ذلك ما عوضه وللمغرور أن يدفع عن نفسه بالرجوع على الغار بما لحقه من الخسران . يوضحه أن التعويض لا يكون إلا مضافا إلى الهبة والتمليك مضافا إلى بدل مستحق يكون فاسدا فتبين أن الواهب قبضه لنفسه بسبب فاسد وكان مستحق الرد عليه عند قيامه مضمونا بالقيمة بعد هلاكه وإن استحق العوض كان للواهب أن يرجع في هبته إذا كانت قائمة بعينها لم تزدد خيرا لأن التعويض بطل بالاستحقاق من الأصل فظهر الحكم الذي كان قبل التعويض

(قال) (وإن استحق نصف الهبة كان للمعوض أن يرجع في نصف العوض اعتبارا للجزء بالكل وإن استحق نصف العوض فليس للواهب أن يرجع في شيء من الهبة إلا أن يشاء ما بقي من العوض ويرجع في الهبة فيكون له ذلك) وقال زفر إذا استحق نصف العوض فله أن يرجع في نصف الهبة اعتبارا للجزء بالكل واعتبارا للعوض بالهبة فإنه لو استحق نصف الهبة كان له أن يرجع في نصف العوض فكذلك إذا استحق نصف العوض وهذا لأن كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر في حكم سلامته لصاحبه فهو كبيع العوض بالعوض إذا استحق نصف أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله . وجه قولنا إن المستحق يخرج من أن يكون عوضا فيصير كأن لم يكن ولو كان عوضه في الابتداء نصف العبد لم يرجع في شيء من الهبة فكذلك هنا وهذا لأن ما بقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل وإنما يتمكن الخلل في رضاء الواهب فكان تأثيره في إثبات الخيار له فإن شاء رد ما بقي ليدفع الضرر به عن نفسه وإن شاء أمسك ما بقي ولم يرجع بشيء

(فإن قيل) : في الابتداء يجعل تمليك النصف عوضا له عن جميع الهبة فأما في الاستحقاق فهو قد يجعل تمليك الكل عوضا عن جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على أن النصف عوض نصف الهبة فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع

(قلنا) : هذا مستقيم في المبادلات لأن البعض ينقسم على البعض لتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من آخر العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له أن يرجع في شيء من الهبة مع سلامة جزء العوض له

ثم الفرق بين استحقاق نصف العوض ونصف الهبة بهذا الحرف وهو أن المعوض ملك العوض إلا جزأ فيعتبر حكم المقابلة في حقه فإذا استحق نصف الهبة من يده رجع بنصف العوض فأما الواهب فقد ملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم تأثير العوض في إسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك بمنزلة الكل إذا تم رضاه به . والحاصل أن للعوض شبهين شبه ابتداء الهبة من حيث أن العوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة له من حيث أنه ملكه مضافا إلى الهبة فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبادلات إذا استحق الكل رجع في الهبة ولشبهة بابتداء الهبة إذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة إلا أن يرد ما بقي

(قال) (وسواء كان العوض شيئا قليلا أو كثيرا من جنس الهبة أو من غير جنسها) لأن هذه ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا وإنما تأثير العوض في قطع الحق وفي الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير إذا بينه للواهب ورضي الواهب به

(قال) (فإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب أن يرجع في الهبة وكذلك إن كانت الهبة دارا والعوض بيت منها) وعن زفر أن هذا يكون عوضا لأن ملك الموهوب له قد تم في الموهوب بالقبض والتحق المقبوض بسائر أمواله فكما يصلح سائر أمواله عوضا عن الهبة قل ذلك أو كثر فكذلك هذا . وجه قولنا إن مقصود الواهب بهذا لا يحصل لأنا نعلم يقينا أنه يهبه ألف درهم منه ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لأن ذلك كان سالما له وسقوط حقه في الرجوع باعتبار حصول مقصوده بالهبة ولأنه إنما يجوز أن يجعل عوضا **بالتراضي** في الانتهاء ما يجوز أن يجعل عوضا شرطا في الابتداء فكذلك لا يستقيم أن يجعل عوضا في الانتهاء بخلاف مال آخر من ملك الموهوب له

(قال) (ولو أن نصرانيا وهب للمسلم هبة فعوضه المسلم منها خمرا أو خنزيرا لم يكن ذلك عوضا) لما بينا أن هذا لا يصلح عوضا شرطا في الابتداء ولأن المعوض مملك ابتداء وتمليك المسلم الخمر أو الخنزير من النصراني بالعقد باطل وإذا بطل التعويض كان للنصراني أن يرجع في هبته

(قال) (عبد مأذون له في التجارة وهب لرجل هبة فعوضه من هبته كان لكل واحد منهما أن يرجع في الذي له) لأن الهبة من العبد باطلة فإنه غير منفك عنه الحجر بالتبرع وبالتعويض الهبة الباطلة لا تنقلب صحيحة وإنما تأثير

العوض في إسقاط حق الرجوع في هبة صحيحة وإذا رجع العبد في الهبة لبطلانها فللمعوض أن يرجع في العوض لأنه عوضه ليسلم له الهبة ولم يسلم

(قال) (وكذلك والد الصغير إذا وهب من مال ابنه شيئا لرجل فعوضه الموهوب له) لأن هذا تعويض عن هبة باطلة

(قال) (فإن كان الواهب هو الرجل فعوضه الأب من مال الصغير لم يجز العوض) لأنه ملك مال الصغير بالتبرع ابتداء وليس للأب ذلك في مال الولد وقد بينا أن المعوض كالواهب ابتداء وإذا لم يسلم العوض للواهب فله أن يرجع في هبته كما قبل التعويض

(قال) (وإذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحلة أو أعمره فقال هذا عوض من هبتك فهو عوض) لأن المقصود قد حصل ولا معتبر لاختلاف العبارة بعد حصول المقصود فبأي لفظ ملكه العوض أو أعلمه أنه عوض من هبته فهو عوض

(قال) (رجل وهب لرجل عبدا على أن يعوضه عوضا يوما أو اتفقا على ذلك ولم يقبض واحد منهما حتى امتنع أحدهما منه فله ذلك فإن تقابضا جاز ذلك) بمنزلة البيع وليس لواحد منهما أن يرجع فيه وهذا مذهبنا فإن الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء

وقال زفر – رحمه الله تعالى – ابتداء وانتهاء بيع

وفي أحد أقاويل الشافعي – رضي الله عنه – هو فاسد لأن هذا شرط يخالف مقتضى العقد فيكون مبطلا للعقد . وبيانه أن عقد الهبة عقد تبرع واشتراط العوض فيه يخالف مقتضاه وزفر – رحمه الله تعالى – يقول : هذا تمليك مال بمال شرطا وكان بيعا فاسدا ابتداء كما لو عقد بلفظ البيع أو التمليك وهذا لأن في العقود يعتبر المقصود وعليه ينبني الحكم

ألا ترى أنه لو قال اشتريت منك كرا من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب وبين شرائط السلم يكون سلما وإن لم يذكر لفظ السلم وأنه لو وهب ابنته من رجل كان نكاحا

ولو وهب امرأته من نفسها كان طلاقا

ولو وهب عبده من نفسه كان عتقا . ولو وهب الدين ممن عليه كان إبراء فاللفظ واحد ثم اختلف العقد لاختلاف المقصود

والدليل عليه أنه لو قال وهبت منك منفعة هذه الدار شهرا بعشرة دراهم يكون إجارة يلزم بنفسه

وكذلك لو قال أعرتك والإعارة تمليك المنفعة بغير عوض فإذا شرط فيه البدل كان إجارة فكذلك الهبة تمليك الموهوب بغير عوض فإذا شرط العوض يكون بيعا والدليل عليه أن المكره على الهبة بشرط العوض لو باع كان مكرها وكذلك المكره على البيع والتسليم إذا وهب بشرط العوض ولو لم يكونا في الحكم سواء لم يكن المكره على أحدهما مكرها على الآخر

وحجتنا في ذلك أن هذا تمليك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه وانتهاؤه معتبرا بمعناه كالهبة في المرض فإن ظاهره تمليك في الحال بطريق التبرع ومعناه معنى الوصية فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه معتبر بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لأن الألفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إلا إذا تعذر الجمع للمنافاة ولا منافاة هنا فشرط العوض لا يكون أبلغ من حقيقة التعويض وبحقيقة التعويض لا ينتفي معنى الهبة فبشرط العوض أولى بخلاف النكاح والطلاق والعتاق فإن هناك بين اللفظ والمعنى منافاة وقد وجب اعتبار المعنى فيسقط اعتبار اللفظ لذلك ثم انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وأوانه بعد تمام العقد فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لأن العقد به ينعقد وعند التمام اعتبر المقصود وما تردد بين أصلين توفر حظه عليهما فالمكاتب لما كان بمنزلة الحر من وجه وبمنزلة المملوك من وجه اعتبر الشبهان

فأما لفظ الإعارة أو الهبة في المنفعة فقد حكى عن ابن طاهر الدباس قال كنا في تدبر جواب هذه المسألة فوجدت رواية عن أبي حنيفة أنه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة وبعد التسليم يقول : هناك يتعذر اعتبار الجانبين لأن المنفعة لا تبقى وقتين فلا يمكن جعل العقد عليها تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء فجعلناه معاوضة ابتداء بخلاف العين على ما قررناه . وأما مسألة الإكراه قلنا المكره مضار متعنت ومعنى الإضرار في حكم السبب لا في نفسه فلهذا استوفى في حقه البيع والهبة بشرط العوض ولهذا جعل الإكراه على الهبة إكراها على التسليم وبعد التسليم البيع والهبة بشرط العوض سواء . إذا ثبت هذا الأصل فنقول قبل التقابض العقد تبرع فإن لكل واحد منهما أن يرجع عنه ولا يملك كل واحد منهما متاع صاحبه ما لم يقبضه ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة وبعد التقابض هو بمنزلة البيع فليس لواحد منهما أن يرجع فيه ويجب للشفيع به الشفعة ولكل واحد منهما أن يرد ما في يده بعيب إن وجد فيه كما هو الحكم في البيع وإن استحق ما في يد أحدهما يرجع على صاحبه بما في يده إن كان قائما وبقيمته إن كان هالكا لأنه ما رضي بسقوط حقه عن متاعه إلا بشرط سلامة العوض له فإذا لم يسلم رجع بمتاعه إن كان قائما وبماليته إن كان هالكا . وكذلك لو كان الاستحقاق بعد موت أحدهما وهو معنى ما ذكرنا من حديث أبي الدرداء – رضي الله عنه – فهو دين عليه في حياته وبعد موته

(قال) (رجل وهب لرجل ثوبا لغيره وسلمه إليه فأجاز رب الثوب جازت الهبة) لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء من حيث أنه يتم رضا المالك بها . ثم العاقد في الهبة يكون معبرا لا يتعلق به حقوق العقد والمجيز يكون كالمباشر لعقد الهبة فله أن يرجع فيما لا يعوضه الموهوب له أو يكون ذا رحم محرم منه

وإن عوض الرجل الذي وهب له أو كان بينهما قرابة لم يمنع ذلك رب الثوب من الرجوع لأن العاقد معتبر كالرسول فلا معتبر بحاله وإنما المعتبر حال المالك فإذا لم يكن بينهما قرابة عرفنا أن مقصوده العوض ما لم ينل العوض كان له أن يرجع فيه

(قال) (رجل وهب لرجل خمسة دراهم وثوبا وقبض ذلك الموهوب له ثم عوضه الثوب أو الدراهم من جميع الهبة لم يكن ذلك عوضا لأنها هبة واحدة) وقد بينا أن عقد الشيء في عقد واحد لا يكون عوضا ومعوضا وقد علمنا أن هذا لم يكن مقصود الواهب في الهبة

(قال) (وإن كانا في عقدين مختلفين في مجلس أو مجلسين فعوضه إحداهما على الأخرى فهذا عوض نأخذ فيه بالقياس) وروى بشر عن أبي يوسف – رحمهما الله تعالى – أنه لا يكون عوضا لأنا نعلم أن الواهب لم يقصد هذا فقد كان مملوكا فالعقد الواحد والعقدان في هذا المعنى سواء

وجه ظاهر الرواية : أن اختلاف العقد كاختلاف العين ويستقيم جعل أحدهما عوضا عن الآخر شرطا عند اختلاف العقد فكذلك مقصودا وقد يقصد الواهب هذا بأن يهب شيئا ثم يحتاج إليه فيندم فيستقبح الرجوع فيه فيهب منه شيئا آخر على أن يعوضه الأول فيحصل منه مقصوده ويندفع عنه مذمة الرجوع في الهبة . أرأيت لو كان الأول منهما صدقة والآخر هبة فعوضه الصدقة عن الهبة أما كان ذلك عوضا . وذكر في اختلاف زفر ويعقوب – رحمهما الله تعالى – لو وهب نصف داره من رجل وتصدق عليه بنصفها وسلم الكل لم يجز في قول زفر لأن اختلاف السبب كتفرق العقد والتسليم فكأنه وهب النصف وسلم ثم النصف وقال أبو يوسف – رحمه الله تعالى – التسليم حصل جملة واحدة بعقد هو تبرع كله فيجوز كما لو وهب الكل وهذا لأن الفرق بين الصدقة والهبة في مقصود العوض ففي الصدقة المقصود الثواب دون العوض وفي الهبة المقصود العوض فأما في إخراج العين عن ملكه وتمليك القابض بطريق التبرع لا فرق بينهما

(قال) (وإن وهب له حنطة فطحن بعضها وعوض دقيق تلك الحنطة كان جائزا) لأن الدقيق حادث بالطحن وهو غير الحنطة ولهذا يكون مملوكا للغاصب فكان تعويضه دقيق هذه الحنطة ودقيق حنطة أخرى سواء ولأن حقه في الرجوع قد انقطع بالطحن فتعويضه إياه لا يكون رجوعا فأما قبل الطحن حقا الواهب في الرجوع ثابت والرد مستحق على الموهوب له إذا رجع فيه الواهب فيقع فعله على الوجه المستحق

وعلى هذا لو وهب له ثيابا فصبغ منها ثوبا بعصفر أو خاطه قميصا ثم عوضه أو كان وهب له سويقا فلت بعضه ثم عوضه لأن حقه في الرجوع قد انقطع بهذا الصنع والتحق هذا بسائر أموال الموهوب له فكما أنه لو عوضه مالا آخر كان ذلك عوضا فكذلك هذا المال

(قال) (وإذا وهب للواهب شيئا ولم يقل هذا عوض من هبتك فللواهب أن يرجع في هبته) لأنه لما لم يضف تمليكه إلى هبته كان فعله هبة مبتدأة لا تعويضا فلكل واحد منهما أن يرجع فيه ولأن سقوط حق الرجوع لحصول مقصود الواهب وإنما يعلم ذلك إذا بين له أنه عوض ويرضى به فأما بدونه لا يحصل المقصود

(وإن قال قد كافيتك هذا من هبتك أو جازيتك أو أثبتك كان عوضا) لأن المقصود يحصل بهذه الألفاظ والغرور يندفع

(قال) (وإن عوض من نصف الهبة شيئا كان له أن يرجع فيما بقي اعتبار للبعض بالكل) وهذا لأن التعويض مما يحتمل التحري في الموهوب فإذا أضاف العوض إلى بعض الهبة اقتصر حكمه عليه بخلاف الطلاق والنكاح فإنه لا يحتمل التحري في المحل ويجوز أن يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداء كما لو وهب منه النصف وتصدق عليه بالنصف فلأن يجوز ذلك بقاء أولى

(قال) (وليس للواهب أن يرجع في هبته عند غير قاض إلا أن يرد عليه الموهوب له فيجوز) لما بينا أن الرجوع في الهبة مختلف فيه بين العلماء - رحمهم الله تعالى - منهم من رأى ومنهم من أبى وفي أصله وهي فيكون الفصل بينهما في القضاء والرضا لأن الواهب إن كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه والملك مطلق له ذلك فلا بد من اعتبار قضاء القاضي بينهما

(قال) (ولو كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب له أو أعتقه قبل أن يقضي به القاضي للواهب أجاز ما صنع الموهوب له فيه من ذلك) لأن ملكه قائم ما لم يقض القاضي عليه بالرجوع والملك في المحل منفذ للبيع فيه والعتق إذا صدر من أهله في محله ينفذ ولا يجوز ذلك إن فعله بعد قضاء القاضي عليه بالرد قبل أن يرده لأن بقضاء القاضي عاد العبد إلى ملك الواهب وتصرف ذي اليد في ملك الغير لا يكون نافذا إلا أن يجيز المالك

(قال) (وإن مات في يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعدما قضى القاضي له لم يكن للواهب أن يضمنه قيمته) لأن أصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه واستدامة الشيء معتبر بأصله وكذلك منعه قبل قضاء القاضي منع بسبب ملكه فلا يكون موجبا للضمان عليه ولم يوجد بعد القضاء في الموهوب سبب موجب للضمان عليه والضمان لا يجب بدون السبب إلا أن يكون منعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب فهذا المنع يتقرر بسبب الضمان وهو قصر يد المالك عن ملكه بإزالة تمكنه من أخذه وهو حد الغصب الموجب للضمان

(قال) (فإن كانت الهبة هالكة أو مستهلكة أو خارجة من ملك الموهوب له إلى ولده الصغير أو إلى أجنبي بهبة أو غيرها أو زادت عنده خيرا فلا رجوع فيها للواهب) وقد بينا هذه الموانع والفرق بين زيادة العين وزيادة السعر وبين الزيادة في البدن والنقصان في حكم الرجوع

(قال) (وإن كانت الهبة دارا أو أرضا فبنى في طائفة منها أو غرس شجرا أو كانت جارية صغيرة فكبرت وازدادت خيرا أو كان غلاما فصار رجلا فلا رجوع له في شيء من ذلك)

وقال ابن أبي ليلى له أن يرجع في جميع ذلك لأن حق الرجوع كان ثابتا في الأصل فيثبت في البيع فإن ثبوت الحكم في البيع بثبوته في الأصل ولا يجوز أن يبطل الحكم الثابت في الأصل بسبب المنع

ولكنا نقول : حق الرجوع للواهب مقصور على الموهوب بعينه فلا يثبت فيما ليس بموهوب تبعا كان أو أصلا وهنا الحق في الأصل ضعيف وحق صاحب الزيادة في الزيادة قوي فإذا تعذر التمييز بينهما رجحنا أقوي الحقين وجعلنا الضعيف مرفوعا بالقوي والبناء في بعض الأرض كالبناء في جميعها لأن البناء في جانب من الأرض يعد زيادة في جميع الأرض

ألا ترى أنه يزداد به مالية الكل وهذا إذا كان ما بني بحيث يعد زيادة فإن كان لا يعد زيادة كالآري أو يعد نقصانا كالتنور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه

(قال) (وإن كانت الهبة دارا فهدم بناءها كان له أن يرجع في الأرض) وكذلك في غير الدار إذا استهلك بعض الهبة ببيع أو غيره وبقي بعضها كان له أن يرجع في الباقي اعتبارا للبعض بالكل وهذا لأن ما فعله من هدم البناء نقصان في الأرض وليس بزيادة

(قال) (وإن كانت الهبة ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر وخاطه لم يكن له أن يرجع فيه) لأن ما فعله زيادة وصف قائم في العين ولو قطعه ولم يخطه فله أن يرجع فيه لأن القطع قبل الخياطة نقصان

ولم يذكر ما لو صبغه أسود

(والجواب) : أن عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - له أن يرجع فيه لأن السواد عنده نقصان . وعندهما ليس له أن يرجع وقد بينا المسألة في كتاب الغصب

(قال) (وإذا وهب دينا له عليه فقبله لم يكن له أن يرجع فيه) لأنه سقط عنه فإنه قابض للدين بذمته فيملك بالقبول ومن ملك دينا عليه سقط ذلك عنه والساقط يكون متلاشيا فلا يتحقق الرجوع فيها كما لو كان عينا فهلك عنده

(قال) (فإن قال الموهوب له مكانها لا أقبلها فالدين عليه بحاله) والحاصل أن هبة الدين ممن عليه الدين لا تتم إلا بالقبول والإبراء يتم من غير قبول ولكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء الله

وعن زفر - رحمه الله تعالى - أنه يسوي بينهما وقال تتم الهبة والإبراء قبل القبول بناء على أصله أنه يعتبر ما هو المقصود والمقصود في الوجهين الإسقاط دون التمليك لأن ما في الذمة ليس بمحل للتمليك ولكنه مجرد مطالبة يحتمل الإسقاط ولكن عند زفر - رحمه الله تعالى - إن رده المديون صح رده في الوجهين جميعا

وكان ابن شجاع - رحمه الله تعالى - يقول : لا يعمل رده لأن الإسقاط يتم بالمسقط . والمقسط يكون متلاشيا فلا يتصور فيه الرد وقاس ذلك بالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص . ولكنا نقول الدين مملوك للطالب في ذمة المديون فيكون قابلا للتمليك بملك العين ويجعل ذلك في الحكم كأنه ذلك الدين خصوصا في السلم والصرف فإذا ثبت أنه قابل للتمليك والهبة عقد تمليك فإذا ذكر لفظ الهبة وجب اعتبار معنى التمليك فيه والتمليك لا يتم بالمملك قبل قبول الآخر لأن أحدا لا يملك إدخال الشيء في ملك غيره قصدا من غير قبوله وهو محتمل للإسقاط أيضا لأنه في الحقيقة ليس إلا مجرد حق المطالبة وإبراء إسقاط إذا ذكر لفظ الإبراء وكان تصرفه إسقاطا والإسقاط تصرف من المسقط في خالص حقه فلهذا يتم بنفسه ولكنه يتضمن معنى التمليك من وجه لما بينا أن الدين مملوك في ذمته فإنما يسقط عنه إذا ملكه فلاعتبار هذا المعنى قلنا له أ ن يرده بخلاف الطلاق والعتاق فإنه إسقاط محض لا يتضمن معنى التمليك حتى أن الإبراء لو كان إسقاطا محضا لم يرتد بالرد أيضا وهو إبراء الكفيل فإنه إسقاط محض لأن الدين يبقى على الأصل على حاله فلا يرتد برد الكفيل والهبة من الكفيل تمليك منه حتى يرجع على المكفول عنه فلا يتم إلا بقبوله فإن كان الموهوب له غائبا ولم يعلم بالهبة حتى مات جازت الهبة وبرئ مما عليه وهذا استحسان . فأما في القياس لا يبرأ فأصله في الموصى له إذا مات بعد موت الموصى قبل قبوله في القياس تبطل الوصية لأنه قبل القبول لم يملك وإنما يخلفه وارثه في ملكه بعد موته . وفي الاستحسان جعل موته بمنزلة القبول فكذلك هنا في الاستحسان يجعل موت الموهوب له بمنزلة قبوله

(قال) (وإن وهبه له وهو معه قائم فسكتا حتى افترقا جازت الهبة) وهذا استحسان أيضا فإن سكوته عن الرد دليل على رضاه بالهبة منه عرفا ودليل الرضا كصريح الرضا . ألا ترى أن السكوت من البكر جعل إجازة لعقد الولي استحسانا فهذا مثله

ومن مشايخنا - رحمهم الله تعالى - من بنى الجواب في هذا الفصل على الظاهر ويقول : هبة الدين ممن عليه الدين بمنزلة الإبراء يتم بنفسه من غير قبول وإن كان له حق الرد فيها فالموت قبل الرد يبطل حقه في الرد ويبقى تاما في نفسه وكذلك بالسكوت حتى افترقا ينعدم الرد فتبقى الهبة تامة ولكن الأول وهو الفرق بين الهبة والإبراء من حيث المعنى أصح ويتضح ذلك في الفرق بين إبراء الكفيل وبين هبة الدين منه

(قال) (رجل وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له ثم وهبها الموهوب له لآخر وسلمها إليه ثم رجع فيها أوردها عليه الآخر فللواهب الأول أن يرجع فيها) أما إذا رجع فيها بقضاء القاضي فلان القاضي يفسخ بقضائه العقد الثاني فيعود إلى الأول ملكه المستفاد بالهبة من الأول وقد كان حق الرجوع ثابتا له في ذلك الملك وما سقط بزواله تعذر استيفاؤه لانعدام محله فإذا عاد المحل كما كان عاد حقه في الرجوع وإن رده عليه بغير قضاء القاضي فكذلك عندنا

وقال زفر - رحمه الله تعالى - ليس للأول أن يرجع لأن هذا ملك حادث له ثابت بتراضيهما فهو بمنزلة ما لو وهبه له ابتداء أو تصدق به عليه أو أوصى به له أو مات فورثه والدليل عليه أنه لو رده في مرضه بغير قضاء ومات من ذلك المرض اعتبر من ثلثه

والدليل على الفرق بين القضاء والرضا الرد بالعيب فإنه إذا كان بقضاء القاضي كان فسخا وإن كان بغير قضاء فهو كالبيع المبتدأ ولكنا نقول حق الواهب في الرجوع مقصور على العين وفي مثله القضاء وغير القضاء سواء كالأخذ بالشفعة وهذا لأنهما فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أن لو رفعا الأمر إليه وإنما يكون التراضي موجبا ملكا مبتدأ إذا تراضيا على سبب موجب للملك منه كالهبة والصدقة والوصية وهنا تراضيا على دفع السبب الأول وذلك لا يصح موجبا ملكا مبتدأ بخلاف الرد بالعيب فحق المشتري ليس في عين الرد بل بالمطالبة في الجزء الثابت ولهذا لو تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا حق الواهب في فسخ العقد مقصور على العين

(قال) (وإذا رجع في مرض الموهوب له ففيه روايتان كلاهما في الكتاب) في إحدى الروايتين قال يعتبر من جميع ماله وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله وفي الاستحسان يعتبر من الثلث لا لأنه تمليك ابتداء ولكن الراد في مرضه باختياره يتم بالقصد إلى إبطال حق الورثة كما تعلق حقهم به فلرد قصده جعل معتبرا من ثلثه

(قال) (رجل وهب عبدا لرجلين فله أن يرجع في نصيب أحدهما وكذلك إن جعل نصيب أحدهما هبة ونصيب الآخر صدقة كان له أن يرجع في الهبة اعتبارا للجزء بالكل) وهذا في العبد غير مشكل فإن الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع ابتداء الهبة فكذلك الرجوع . وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها الجواب كذلك وهو دليلنا على زفر فإن الرجوع بغير قضاء القاضي لو كان بمنزلة الهبة ابتداء لما صح في مشاع يحتمل القسمة وحيث صح عرفنا أنه فسخ وأن العقد يبقى في النصف الآخر فيكون ذلك شيوعا طارئا ولا أثر للشيوع الطارئ في الهبة . والدليل عليه أن بالرد بالتراضي يعود الملك إلى الواهب قبل القبض وابتداء الهبة لا يوجب الملك إلا بالقبض وهو الدليل على أن الشيوع لا يمنع منه لأن تأثير الشيوع في المنع من إتمام القبض فلا يؤثر فيما لا يشترط فيه القبض

(قال) (فإن وهب لمكاتب رجل هبة ثم عتق المكاتب أو عجز فله أن يرجع في الهبة في قول أبي يوسف) وقال محمد فله أن يرجع فيها إذالا عتق وليس له أن يرجع فيها إذا عجز فلا خلاف إن قبل العتق والعجز له أن يرجع فيها . وفيه نوع إشكال فالمكاتب فقير والهبة من الفقير صدقة ولا رجوع فيها

(قال) (ولكنا نقول المكاتب فقير ملكا ولكنه غني يدا وكسبا فالهبة منه لا تنفك عن قصد العوض إما بمنافعه أو كسبه كالهبة من العبد فله أن يرجع فيها إذا لم ينل العوض وكذلك بعد العتق) لأن حق الرجوع ثبت له في ملك المكاتب فقد تقرر ذلك بعتقه فأما إذا عجز فالأصل عند أبي يوسف إن عجز المكاتب يقرر ملك المولى في كسبه كما أن عتقه يقرر ملكه لأن لكل واحد منهما حق الملك في الكسب وعند محمد عجز المكاتب ناقل للملك من كسبه إلى مولاه بمنزلة موت الحر فكما أن موت الحر الموهوب له يقطع حق الواهب في الرجوع فكذلك عجز المكاتب . والدليل على الفرق أن المكاتب إذا استبرأ جارية محيضة ثم عتق فليس عليه فيها استبراء جديد ولو عجز كان على المولى أن يستبرئها وسنقرر هذا الأصل في كتاب الإجارات إن شاء الله تعالى

(قال) (فإن كان المكاتب أخ الواهب لم يرجع فيها في حال قيام الكتابة ولا بعد عتقه) لأن الحق للمكاتب والمانع من الرجوع وهو الأخوة بينهما قائم وبعد العجز كذلك عند محمد – رحمه الله تعالى – وعند أبي يوسف يرجع فيها بعد العجز لأنه يقرر الملك للمولى والمولى أجنبي عنه وقد بينا أنه لو وهب لأخيه وهو عبد كان له أن يرجع فيها والمكاتب بعد العجز بمنزلة العبد وكان أبو يوسف يعتبر معنى قطيعة الرحم بسبب المنازعة في الرجوع فيقول قبل العجز خصومته في الرجوع مع المكاتب فيؤدي إلى قطيعة الرحم وبعد العجز خصومته مع المولى وليس فيه قطيعة الرحم ولأن هبته تنفك عن قصد العوض ما دام الحق فيها لقريبه فإذا تقرر الحق لأجنبي لم ينفك عن قصد العوض

(قال) (رجل وهب لرجل أيضا فبنى فيها الموهوب له ثم أراد الرجوع فيها وخاصمه إلى القاضي فقال له القاضي ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له فعادت كما كانت فللواهب أن يرجع فيها لزوال المانع وهو البناء) وفرق بين هذا وبين ما إذا اشترى عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فحم العبد في الأيام الثلاثة وخاصمه في الرد فأبطل القاضي حقه للحمى ثم أقلعت قبل مضي الأيام الثلاثة ليس له أن يرده لأن هناك حقه في الخيار بعرض السقوط حتى يسقط بإسقاطه فكذلك يسقط بقضاء القاضي وهنا حق الواهب في الرجوع ليس بعرض السقوط حتى لا يسقط بإسقاطه فكذلك القاضي لا يسقط بقضائه حقه في الرجوع ولكن يكف عن القضاء بالرجوع لتعذر ذلك بسبب البناء فإذا زال ذلك فقد زال المانع وحقه قائم وكان له الرجوع فيها . يوضحه أن السبب هناك للفسخ عدم لزوم العقد فبقضائه يصير لازما لأن صفة اللزوم تليق بالبيع وهنا السبب كون العقد تبرعا ويمكن الخلل في مقصوده وهو العوض وبقضائه لا يرتفع هذا السبب فكان له أن يرجع إذا زال المانع

(قال) (رجلان وهبا لرجل عبدا وقبضه ثم أراد أحدهما أن يرجع في حصته والآخر غائب فله ذلك) لأن كل واحد منهما مباشر للتصرف في نصيب نفسه فيكون متمكنا من الرجوع فيه كما لو انفرد بهبة نصيبه

(قال) (وإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وقال الموهوب له أنا أخوك أو قال قد عوضتك أو قال إنما تصدقت بها علي وكذبه الواهب فالقول قول الواهب) لأن السبب المثبت لحق الواهب في الرجوع ظاهر والموهوب له يدعى

المانع فالقول فيه قول المنكر . ثم إذا قال تصدقت علي فالتمليك من جهة الواهب اتفاقهما والقول قول المملك في بيان سبب التمليك وإذا قال عوضتك فهو يدعي تسليم شيء من ماله إليه وهو منكر وإذا قال أنا أخوك فالأخوة لا تثبت بمجرد دعواه ولا يتبين به أنه لم يكن قصد الواهب العوض

(قال) (وإن كانت الهبة خادما فقال وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت عندي وازدادت خيرا وكذبه الواهب فالقول قول الواهب عندنا) وقال زفر القول قول الموهوب له لأنه مالك لها في الحال وهو منكر حق الواهب في الزيادة الحادثة فيها فيكون القول قوله كما إذا كان الموهوب أرضا وفيها بناء أو شجر وقال الواهب وهبتها لك وقال الموهوب له لم يكن فيها بناء ولا شجر حين وهبتها فالقول قول الموهوب له . ولكنا نقول الموهوب له يدعى تاريخا سابقا في الهبة والهبة حادثة فمن يدعي فيها تاريخا سابقا لا يقبل قوله إلا بحجة ثم ليس فيها زيادة من غيرها وحق الواهب ثابت في عينها باتفاقهما فكان الموهوب له يدعي انتفاء حقه من الزيادة المتولدة من العين مثل السمن والكبر بخلاف البناء والشجر فإنه غير متولد من الأرض ولكنه ملك مبتدأ للموهوب له في الحال وهو ينكر تملكه من جهة الواهب وثبوت حقه فيه يوضح الفرق أن البناء من وجه أصل حتى يجوز إفراده بالبيع فالظاهر فيه شاهد للموهوب له دون الواهب والسمن والكبر وصف وهو بيع محض وثبوت الحق في البيع بثبوته في الأصل فكان الظاهر شاهدا للواهب

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب - رحمهما الله تعالى - لو وهب له عبدا فعلمه الموهوب له الكتابة أو الخبز فليس للواهب أن يرجع فيه عند أبي يوسف وقال زفر له أن يرجع لأنه لا زيادة في عين الموهوب فهو كزيادة القيمة بتغيير السعر

وقال أبو يوسف - رحمه الله تعالى - تعلم الكتابة والخبز معنى في العبد تزداد به ماليته فهو بمنزلة السمن بخلاف زيادة السعر فإن ذلك ينبني على كثرة الرغائب فيه إلا أن يكون معنى في العين

والدليل عليه أن صفة الكتابة والخبز يصير مستحقا للمشتري بالشرط ويثبت له الخيار عند فواته بمنزلة صفة السلامة عند إطلاق العقد فبه يتبين أنه وصف في العين وكل شيء زاد فيه من غيره نحو الثوب يصبغه والسويق يلته والثوب يخيطه فالقول فيه قول الموهوب له بمنزلة البناء والغرس وأما ما كان من حيوان فالقول فيه قول الواهب بمنزلة الكبر في الخادم

(قال) (وإذا كانت الهبة جارية فولدت عند الموهوب له من زوج أو فجور فللواهب أن يرجع فيها دون الولد) لأن الولد ليس بموهوب وحق الرجوع مقصور على عين الموهوب والولادة في الجارية نقصان وقد بينا أن النقصان لا يمنع الرجوع والزيادة المنفصلة ليست كالزيادة المتصلة لأن الأصل هناك لا يتميز عن الزيادة ليرجع فيها وهنا الزيادة منفصلة عن الأصل فله أن يرجع فيه وهذا بخلاف البيع فإن بعد الزيادة المنفصلة هناك لو رد الأصل ردها بجميع الثمن فيسلم له الولد مجانا بحكم عقد المعاوضة وذلك في المعاوضات ربا وفي الهبة يسلم له الولد مجانا وهذا غير ممتنع في التبرعات وقد كان الأصل سالما له مجانا

(قال) (وإذا أراد الواهب الرجوع وهي حبلى فإن كانت قد ازدادت خيرا فليس له أن يرجع فيها وإن كانت قد ازدادت شرا فله أن يرجع فيها) والجواري في هذا تختلف فمنهن من إذا حبلت سمنت وحسن لونها فكان ذلك زيادة

في عينها فيمنع الرجوع ومنهن من إذا حبلت اصفر لونها ورق ساقها فيكون ذلك نقصانا فيها فلا يمنع حق الواهب من الرجوع

(قال) (وإذا وهب جاريتين فولدت إحداهما فعوضه الولد عنهما لم يكن له أن يرجع في واحدة منهما) لأنه لا حق للواهب في الولد فهو كسائر أملاك الموهوب له في صلاحية العوض فإذا عوضه عنهما ورضي به الواهب فقد تم مقصوده

(قال) (وإن وهب له حديدا فضرب منه سيفا أو غزلا فنسجه أو وهب له دفاتر فكتب فيها لم يكن له أن يرجع فيها في شيء من ذلك أبدا) إما لتبدل العين أو للزيادة الحادثة في العين أو في ماليته بفعله فإن ذلك مانع من الرجوع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ." (١)

" (قال) – رحمه الله تعالى – (وإذا اشترى شيئا بنسيئة فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين أنه اشتراه بنسيئة) لأن بيع المرابحة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وجناية ويتحرز فيه من كل كذب وفي معاريض الكلام شبهة فلا يجوز استعمالها في بيع المرابحة ثم الإنسان في العادة يشتري الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشتري بالنقد فإذا أطلق الإخبار بالشراء فإنما يفهم السامع من الشراء بالنقد فكان من هذا الوجه كالمخبر بأكثر مما اشترى به وذلك جناية في بيع المرابحة

يوضحه أن المؤجل نقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالي عن المقابلة حكما فإذا باعه وكتم ذلك فالمشتري بالخيار إذا علم للتدليس الموجود من البائع وهذا لأن المشتري إنما التزم ربحا بناء على خبره أنه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن فلو علم أنه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرائه بالنقد بذلك القدر من الثمن فضلا من أن يعطيه على ذلك ربحا فللحاجته إلى دفع الضرر أثبتنا له الخيار كما إذا وجد المعقود عليه دون ما شرط البائع فإن كان هذا قد استهلك المبيع فالمبيع له لازم وليس له أن يرد الباقي منه ولا يرجع في شيء من الثمن لأنه تعذر رده ومجرد الخيار إذا سقط لتعذر الرد بسببه لا يرجع بشيء بمنزلة خيار الرؤية والشرط

وروي عن محمد أنه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن إن شاء وهو صحيح على أصله فإنه جوز فسخ العقد بسبب التحالف على القيمة بعد هلاك السلعة وجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كرد العين فكان ذلك باعتبار معنى في الثمن فهذا مثله والمعنى في الكل تحقق الحاجة إلى دفع الضرر عن المشتري وهذا بخلاف خيار العيب على ظاهر الرواية فالمستحق للمشتري هناك المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولهذا يرجع بحصة العيب من الثمن إذا تعذر الرد وهنا الثابت له مجرد الخيار والخيار ليس بمال

وكذلك إن استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقي منه لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا يرجع في شيء من الثمن لما قلنا إن المبيع سلم له كما استحقه بالعقد وإن لم يكن الأجل مشروطا وإنما كان متعادا كما هو الرسم بين الباعة أن يودي المشتري الثمن منجما في كل أسبوع نجما فقد اختلف مشائخنا – رحمهم الله تعالى – في هذا الفصل

---

(١) المبسوط، ١٨٢/٦

(قال) بعضهم : له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لأن الثمن حال وبأن سامحه البائع واستوفى الثمن منه منجما لا يخرج من أن يكون حالا ومنهم من يقول المعروف كالمشروط بالنص ولو كان الأجل مشروطا لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان فكذلك إذا كان متعارفا ألا ترى أن الورثة في بعض الأشياء تستحق بالعرف وتجعل كالمشروط فهذا قياسه

(قال) (وإذا اشترى خادما فاعورت أو ثوبا أو طعاما فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد فله أن يبيعه مرابحة على جميع الثمن من غير بيان) وقال زفر : ليس له ذلك ما لم يبين لأن المشتري لو علم أنه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلتزم له على ذلك ربحا ما لم يبين بعدما تعيب وهذا مذهب الشافعي أيضا بناء على مذهبه أن للأوصاف من الثمن حصة وأن التعيب بآفة سماوية وبصنع العباد فيه سواء ولكنا نقول بأن المشتري غير حابس شيئا من المعقود عليه فيكون له أن يبيعه مرابحة كما لو تغير السعر وهذا لأن الفائت وصف فيكون تبعا لا يقابله شيء من البدل إذا فات بغير صنع أحد وإنما البدل بمقابلة الأصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة أرأيت لو اصفر الثوب أو توسخ أو نكس كان له أن يمنعه من المرابحة وفي نوادر هشام ذكر عن محمد – رحمه الله تعالى – (قال) : هذا إذا نقصه العيب شيئا يسيرا فإن نقصه ا لعيب قدر مالا يتغابن الناس فيه لم يبعه مرابحة

(قال) (وكذلك إن تعيب بفعل المبيع بنفسه) لأن ذلك هدرا وإن تعيب بفعل المشتري فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين لأنه حابس لجزء من المبيع بما أحدث فيه من العيب وما يكون بيعا إذا صار مقصودا بالتناول كان له من الثمن حصة كالبائع إذا أتلف شيئا من أوصاف المعقود عليه يسقط حصته من الثمن بخلاف ما إذا تعيب بغير فعل

وكذلك إن عيبه أجنبي بأمر المشتري أو بغير أمره فإن فعله بأمر المشترى كفعل المشتري بنفسه وبغير أمره جناة موجبة ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه وذلك يمنعه من أن يبيعه مرابحة حتى يبين فإن باعه ولم يبين كان للمشتري رده إذا علم به وإن كان قد استهلك شيئا منه لم يكن له رد الباقي ولا الرجوع بشيء من الثمن

فإن لم يصبه عيب ولكنه أصاب من علة الدابة أو الدار أو الخادم شيئا فله أن يبيع المشتري مرابحة على ثمنه لأن العلة ليست بمتولدة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولأن العلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا تمنعه من بيعها مرابحة وهذا لأنه أنفق عليها بإزاء ما نال من المنفعة

(قال) (وإذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الأصل مع الزيادة مرابحة) لأنه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وإن نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد وبإزائه ما يجبره وهو الولد وفي مثل هذا النقصان كان له أن يبيعه مرابحة وإن لم يكن بإزاء النقصان ما يجبره فإذا كان بإزائه ما يجبره أولى فإن استهلك المشتري الزيادة لم يبع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب من ذلك لأن ما استهلك متولد من العين ولو استهلك جزء من عينها لم يبعها مرابحة بغير بيان فكذا إذا استهلك ما تولد من العين

(قال) (وكذلك البان الغنم وأصوافها وسمونها إذا أصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الأصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها) لأن ما أصاب في حكم جزء من عينها وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - له أن يبيعها مرابحة بناء على مذهبه أن الزيادة المنفصلة وإن كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الأصل بالعيب وسيأتي بيانه في باب العيوب إن شاء الله تعالى

(قال) (فإن كان أنفق عليها ما يساوي ذلك في علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مرابحة من غير بيان) لأن حصول الزيادة باعتبار ما أنفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم ولأن في بيع المرابحة يعتبر عرف التجار ومن عاداتهم إذا أنفقوا بقدر ما أصابوا من الزيادة لا يعدون ذلك خيانة في بيع المرابحة وإن هلكت هذه الزيادة من غير أن ينتفع بها المشتري فله أن يبيعها مرابحة ولا يبين وإن كان قد نقصت الأصول لأن النقصان حصل بغير صنع أحد

(قال) (وإذا اشترى متاعا فله أن يحمل عليه ما أنفق في القصارة والخياطة والكراء ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا فإنه كذب) وهذا لأن عرف التجار معتبر في بيع المرابحة فما جرى العرف بإلحاقه برأس المال يكون له أن يلحقه به ومالا فلا أو يقول ما أثر في المبيع فتزداد به ماليته صورة أو معنى فله أن يلحق ما أنفق فيه برأس المال والقصارة والخياطة وصف في العين تزداد به المالية والكراء كذلك معنا لأن مالية ماله حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأمكنة فنقله من مكان إلى مكان لا يكون إلا بكري ولكنه بعد إلحاق ذلك برأس المال لو قال اشتريته بكذا يكون كذبا فإنه ما اشتراه بذلك فإذا قال قام على بكذا فهو صادق في ذلك لأن الشيء إنما يقوم عليه بما يغرم فيه وقد غرم فيه القدر المسمى وإن كان في عقود متفرقة ولم يحمل عليه ما أنفق على نفسه في سفره من طعام ولا كراء ولا مؤنة لانعدام العرف في ه ظاهرا ولأن بما أنفق على نفسه لا تزداد مالية البيع صورة ولا معنى وأما الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف ثم يقول قاموا علي بكذا للعرف الظاهر في ذلك ولأن في هذه النفقة إصلاح مالية الرقيق فإن بقاءهم على هيئتهم لا يكون بدون الإنفاق بالمعروف

(قال) (وإذا اشترى طعاما فأكل نصفه فله أن يبيع النصف الباقي مرابحة على نصف الثمن وكذلك كل مكيل أو موزون إذا كان صنفا واحدا) لأنه مما لا يتفاوت بحصة كل جزء منه من الثمن يكون معلوما وبيع المرابحة على ذلك ينبى وإن كان مختلفا لا يبيع الباقي منه مرابحة لأن انقسام الثمن على الأجناس المختلفة باعتبار القيمة وطريق معرفتها الحزر والظن فلم يكن حصة كل جنس من الثمن معلوم يقينا ليبيعه مرابحة عليه وكذلك الثوب الواحد إذا ذهب نصفه أو احترق أو أحرقه إنسان أو باعه أو وهبه فلا يبيع النصف الباقي مرابحة على الثمن الأول لأن المسمى لا ينقسم على ذرعان الثوب باعتبار الأجزاء والذرع صفة في الثوب وانقسام الثمن لا يكون على الأوصاف فقد تتفاوت أطراف الثوب الواحد إذا ذهب نصفه

ألا ترى أنه يشتري ذراعا من أحد جانبيه بثمن لا يشتري بمثله من جانب آخر بخلاف القفزان من الصبرة الواحدة وهكذا الثوبان إذا اشتراهما صفقة واحدة فلا يبيع أحدهما مرابحة دون الآخر فإن انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة وكذلك إن اشترى عدل زطي بألف درهم وإن كان أخذ كل ثوب بعشرة دراهم فله أن يبيع كل ثوب منها مرابحة على عشرة في (قول) أبي حنيفة وأبي يوسف

وقال محمد – رحمه الله تعالى – لا يبيع شيئا من ذلك مرابحة حتى يبين أنه اشتراه مع غيره لأن من عادات التجار ضم الجيد إلى الرديء وبيعهما بثمن واحد مع التفضل فيرغب المشتري في شراء الرديء لماله من المقصود في الجيد ويرغب البائع في بيع الجيد لماله من المقصود في ترويج الرديء فلو جوزنا له أن يبيع أحدهما مرابحة من غير بيان لأمسك الجيد وباع الرديء مرابحة وإذا علم منه المشتري أنه كان معه في العقد أجود منه لم يعطه ربحا عن ما سمى فيه الثمن فلأجل هذا العرف استحسن محمد وقال :

لا يبيعه مرابحة حتى يبين والقياس ما قال فإن حصة كل واحد منهما من الثمن مسمى معلوم فله أن يبيعه مرابحة كما لو كان في عقدين ومثل هذا العرف الذي اعتبره محمد يوجد في العقدين أيضا فقد يسامح الإنسان لمن يعامله في ثمن جيد من الترويج عليه رديئا بعده بثمن مثل ذلك الثمن ثم لم يعتبر ذلك لأن اعتبار العادة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يعتبر بالعادة فكذلك هنا بعد التنصيص على ثمن كل واحد منهما لا يعتبر بالعادة

(قال) (وإذا اشترى متاعا بحنطة أو شعير أو شيء مما يكال أو يوزن فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على ذلك) لأن بيع المرابحة تمليك بثمن ما ملك به من ربح ضمه إليه في بيعه فإذا كان الثمن مما له مثل في جنسه تحقق هذا المعنى فيه فله أن يبيعه مرابحة عليه

(قال) (وإذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فباعه بخمسة عشر درهما ثم اشتراه بعشرة فلا يبيعه مرابحة حتى يطرح ربحه الأول من رأس المال) في قول أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – يبيعه مرابحة على عشرة دراهم لأنه شراء مستقل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو وصية

ألا ترى أنه لو كان أصله هبة أو ميراثا أو وصية فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الآخر ولا يعتبر بما كان قبله كذا هذا وهذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن ثبوت الحكم بثبوت سببه فإذا كان السبب متجددا فالملك الثابت به كذلك واختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف العين ولو كان للمشتري في المرة الثانية عين آخر باعه مرابحة على ما اشتراه به وقاس بما لو استفاد في المرة الثانية زيادة من العين فإن ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة في الشراء الثاني فكذلك إذا استفاد ربحا قبل الشراء الثاني وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول : ما استفاد من الربح إنما يؤكد حقه فيه بالشراء الثاني لأن قبل شرائه كان حقه فيه يعرض السقوط بأن يرد عليه بعيب والمؤكد في بعض المواضع كالموجب فكأنه استفاد ذلك بالعقد الثاني وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فتأكد حقه فيها لم يكن ب ا العقد الثاني ولأن مبني بيع المرابحة على ضم المعقود بعضها إلى بعض

ألا ترى إنما أنفق في القصارة والقتل والخياطة يلحق برأس المال فإذا كان يضم بعض العقود إلى بعض فيما يوجب زيادة في الثمن فلأن يضم المعقود إلى بعض فينظر إلى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع إليه ويبيع مرابحة فيما يوجب النقصان من الثمن أولى فإن هذا إلى الاحتياط أقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها فأما عند الاختلاف فلا

ألا ترى أنه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئا من رأس المال . وكذلك إذا كان العقد الأول هبة أو صدقة لا يضم أحدهما إلى الآخر لأن أحد العقدين تبرع والآخر تجارة فأما إذا اتحد جنس العقود يضم بعضها إلى بعض فينظر إلى حاصل ما عزم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع إليه ويبيع مرابحة على ما بقي إن شاء وفي هذه المسألة قد غرم عشرين درهما في دفعتين وعاد إليه خمسة عشر درهما فيبيعه مرابحته على خمسة

(قال) (ولو قال اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة أصلا) لأنه رجع إليه مثل ما غرم فيه فلم يبق له فيه رأس المال ليبيعه مرابحة عليه ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف أو بدابة ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مرابحة على عشرة لأن ما عاد إليه ليس من جنس ما غرم فيه فلا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة ولأن الربح لا يظهر ما لم يعد إليه رأس ماله وإذا كان ما عاد إليه من عين جنس ما غرم فيه لا يظهر ربحه فيه فلهذا كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الثاني وإذا اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى آخر نصفه بمائتي درهم ثم باعاه مرابحة أو وضيعة أو تولية فالثمن بينهما أثلاثا بخلاف ما لو باعه مساومة فإن في بيع المساومة المسمى بمقابلة الملك ولهذا يستوي فيه المشتري والموهوب وملكهما في العبد سواء بخلاف المرابحة والوضيعة والتولية فإن الثمن الثاني مبني على الأول في هذه العقود لأن التولية تمليك لما ملك والوصيفة بنقصان شيء يسمى عما ملكت به والمرابحة بزيادة معدومة على ما ملكت به ولهذا اختصت هذه العقود بالمشتري دون الموهوب فإذا أثبت أن الثمن الثاني مبني على الثمن الأول وقد كان الثمن الأول أثلاثا فيقسم الثمن الثاني بينهما كذلك والأصل في جواز هذه العقود ما روي (أن أبا بكر الصديق – رضي الله عنه – اشترى بعيرين عند قصد الهجرة (فقال) له رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ولني أحدهما (فقال) : هو لك بغير شيء (فقال) صلوات الله عليه : أما بغير شيء فلا)

(قال) (وإذا أنفق على عبده في تعليم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقه برأس المال) لأنه ليس فيه عرف ظاهر وكذلك الشعر والغناء والعربية وأجر تعليم القرآن والحساب حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر في موضع بإلحاقه برأس المال كان له أن يلحقه به لأن زيادة المالية باعتبار معنى من المتعلم وهو الذهن والذكاء بما أنفق على المعلم فلم يكن ما أنفق موجبا زيادة في مالية العين وعلى هذا أجر الطيب والرابص والبيطار والراعي وجعل الآبق والحجام والخباز لا يحلق شيء من ذلك برأس المال لما قلنا وأما أجر سائق الغنم الذي يسوقها من بلد إلى بلد يحلق برأس المال للعرف الظاهر فيه ولأن هذا بمنزلة الكراء فيما له حمل ومؤنة وكذلك أجرة السمسار فقد جرى العرف بإلحاقه برأس المال فهو كأجرة القصار وأجرة الراعي ليس نظير أجرة سائق الغنم لأن الراعي لا يستحق الأجر بالنقل ولا يعمل الراعي بل يحفظ الغنم فهو كأجرة البيت الذي تحفظ فيه الغنم . وكذلك جعل الآبق ليس نظير أجر سائق الغنم لأن الأباق نادر وفي إلحاق شيء برأس المال العرف الظاهر وذلك لا يوجد في النادر

(قال) (وإذا باع المتاع مرابحة ثم حط البائع الأول منه شيئا من الثمن فإنه يحط ذلك من المشتري الآخر وحصة من الربح ولو كان ولاية حط ذلك) عندنا وعند زفر والشافعي – رحمهما الله تعالى – لا يحط عن الثاني بهذا السبب وأصل المسألة أن الزيادة في الثمن والمثمن ثبتت على سبيل الالتحاق بالأصل عندنا وعند زفر والشافعي –

رحمهما الله تعالى – هو هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم ويستوي إن كانت الزيادة من العاقد أو من أجنبي آخر وكذلك حط بعض الثمن عندنا يلتحق بأصل العقد ويصير كأن العقد بقي عقدا على ما في حق الشفيع والمولى

وعند زفر والشافعي – رحمهما الله تعالى – هو بر مبتدأ في حق من حط عنه خاصة . وحجتهما في ذلك أن الثمن لا يستحق بالعقد إلا عوضا والمبيع كله صار مملوكا للمشتري بالعقد الأول فيبقى ملكه ما بقي ذلك العقد ومع بقاء ملكه في المبيع لا يمكن إيجاب الزيادة عليه عوضا إذ يلتزم العوض عن ملك نفسه وذلك لا يجوز كالمودع يشتري الوديعة من المودع وهذا في حق الأجنبي أظهر فإنه لا يملك شيئا من المبيع فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه ولا يمكنه إثبات الزيادة في وقت العقد فإن المبيع لو كان هالكا في الحال أو كانت جارية فأعتقها المشتري أو دبرها لم تثبت الزيادة في الثمن وكذلك في الصداق الزيادة لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول فلو ثبتت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى

فإذا ثبت هذا في الزيادة فكذلك في الحط لأن الثمن كله إذا صار مستحقا بالعقد فلا يخرج البعض من أن يكون ثمنا إلا بفسخ العقد في ذلك القدر والفسخ لا يكون في أحد العوضين دون الآخر مع أن الثمن معقود به وفسخ العقد في المعقود عليه دون المعقود به وقاسا حط البعض بحط الجميع فكما أن ذلك لا يثبت في حق المولى والشفيع فكذلك حط البعض وحجتنا في ذلك قوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ﴾ (النساء : ٢٤) أي من فريضة بعد الفريضة فذلك تنصيص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد إلا فيما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا ينتصف الطلاق قبل الدخول إلا ما تأكد بالتسمية في أصل العقد بالنص ففيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الأصل

والمعنى فيه أنهما غيرا العقد بتراضيهما من وصف إلى وصف مشروع له فيصح ذلك ويجعل ذلك كالمذكور في أصل العقد كما لو كان البيع لخيار لهما فأسقط الخيار أو بغير الخيار فشرطا الخيار لهما أو لأحدهما وبيان الوصف أنهما يجعلان الخاسر عدلا بالزيادة في الثمن أو العدل رابحا والرابح عدلا أو خاسرا بالحط وهذا وصف مشروع في البيوع والبيوع أنواع منه خاسر ورابح وعدل فعرفنا أنهما قصدا تعبيره إلى وصف مشروع وتأثيره أن العقد قائم بينهما بملكان التصرف فيه رفعا وإبقاء فيملكان التصرف فيه بالتغيير من وصف إلى وصف لأن التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله فإذا كان باتفاقهما يملكان التصرف في أصل العقد ففي صفته أولى

فأما قوله إنه يلتزم العوض عن ملكه

(قلنا) : قيام العقد بقيام المعقود عليه والمعقود عليه قائم في يد المشتري على وجه يجوز الاعتياض عنه فيصح منه التزام العوض بمقابلته أيضا لأن الإنسان إنما لا يلتزم العوض عما هو مملوك له أصلا ومقصودا فأما ربحا فقد يلتزم العوض وهذا لأن الأرباح في حكم الصلاة ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث ولأنه بيع والعوض بمقابلة الأصل دون البيع

ألا ترى أن أطراف المبيع يستحق بالمعاوضة تبعا ولا يقابلها شيء من الثمن بل العوض بمقابلة الأصل يعني عن اعتبار العوض بمقابلة البيع فكذلك الزيادة بعد هلاك المعقود عليه

وقد روي في غير الأصول عن أبي حنيفة أن الزيادة تصح كما يصح الحط بطريق التغيير لأصل العقد وفي ظاهر الرواية لا تثبت الزيادة لأن المعقود عليه لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه ولا يمكن إثبات الزيادة عوضا وكذلك بعد العتاق والتدبير لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهذا لأنه لا بد لإثبات الزيادة عوضا من اعتبار الحال ثم الاستناد إلى وقت العقد وقد تعذر إثباتها في الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد كما قلنا في البيع الموقوف أنه لا بد من قيام المعقود عليه عند الإجارة ليثبت الملك مستندا إلى وقت العقد وبالاتفاق في البيع يشترط الخيار على البائع وعلى هذا إن كانت الزيادة من الأجنبي وضمنها لأنه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه فإن لم يملك بمقابلته شيئا كما لو خالع امرأته مع أجنبي على مال وضمنه الأجنبي أو تصالح مع أجنبي من الدين على مال وضمنه صح الصلح وإن لم يملك الملتزم بمقابلته شيئا وعلى هذا الحط إلا أن عمل الحط في إخراج قدر المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن لا قيام المعقود عليه والثمن باق فثبت الحط على سبيل الالتحاق بأصل العقد وقد بينا أنه مغير لوصف العقد وليس بفاسخ للعقد حتى يقال الفسخ في الثمن لا يكون والدليل عليه الحط بسبب العيب والحط في مجلس العقد على أحد قولي الشافعي فإنه يثبت ملتحقا بأصل العقد لما قلنا بخلاف حط الجميع فإنه مغير لوصف العقد لأن الإنسان لا يكون مغبونا بجميع الثمن ولو التحق بأصل العقد فإما أن يفسد به العقد لأنه يبقى بيعا بلا ثمن وقد علمنا أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير ذلك العقد هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فأما حط البعض لو التحق بأصل العقد تحقق به مقصودهما وهو التغير

(قال) (وإذا باع المتاع مرابحة فخانه فيه فالمشتري بالخيار إذا اطلع عليه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك وإن استهلك المتاع أو بعضه فالثمن كله لازم له) في قول أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى

و (قال) أبو يوسف وابن أبي ليلى – رحمهما الله تعالى – يحط عنه الخيانة وحصتها من الربح على كل حال ولا خيار له في ذلك وإن خان في التولية فعند أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله تعالى – يحط عنه مقدار الخيانة وعند محمد هو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك فأبو يوسف يقول في المرابحة والتولية جميعا يحط عنه مقدار الخيانة وحصتها من الربح لأن العقد الثاني في حق الثمن بناء على الأول وقدر الخيانة لم يكن ثمنا في العقد الأول فلا يمكن إثباته في العقد الثاني كما في الشفيع فإن المشتري إذا خان الشفيع لا يثبت مقدار الخيانة في حقه فإنه يأخذ بمثل الثمن الأول فلا يمكن إثباته في العقد الثاني كما في الشفيع وهذا لأن السبب الثاني لما أضافه إلى السبب الأول فإنما يؤثر في إيجاب مثل ما وجب بالسبب الأول إلا مقدار ما زاد من الربح ففيما وراء ذلك لا يثبت وبدون السبب لا يثبت الحكم والدليل عليه أنه لو خرج البعض من أن يكون ثمنا في العقد الأول بالحط يخرج ذلك من أن يكون ثمنا في العقد الثاني فإذا ثبت أنه لم يكن ثمنا فيه أولى ومحمد يقول فيهما جميعا لا يحط الثمن عن المشتري الثاني لأنهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن سمياه فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعاه مساومة وهذا لأن انعقاد سبب الثاني يعتمد التراضي منهما ولا يتم رضا المشتري الأول إذا لم يجب له جميع الثمن المسمى بخلاف الأخذ بالشفعة فلا معتبر برضا المشتري هناك ثم حق الأخذ للشفيع بالثمن الأول مستحق على المشتري على وجه لا

يمكن إبطاله ولا نعتبره وبالخيانة قصد تغيره فيرد عليه قصده وهنا البيع مرابحة أو تولية لم يكن مستحقا على المشتري الأول فهو في تسمية ما سمى غير قاصد إبطال ما هو مستحق عليه ولكنه يدلس والتدليس يثبت للمشتري الخيار كتدليس العيوب وهذا بخلاف الحط بعد العقد لأن الاستحقاق يثبت للمشت ر ي الثاني بمثل الثمن الأول وثم رضي المشتري الأول به فما خرج من أن يكون ثمنا في العقد الأول يخرج من أن يكون ثمنا في العقد الثاني فكان المشتري الثاني بعدما تم استحقاقه بمنزلة الشفيع وأبو حنيفة يفرق بين التولية والمرابحة من وجهين :

(أحدهما) : أن التولية بناء على السبب الأول من كل وجه فلا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الأول كالإقالة لما كانت فسخا عند الأول فما لم يكن ثابتا في العقد لا يمكن إثباته في الإقالة فأما المرابحة فليست تبنى على العقد الأول من كل وجه وإن ثبتت عليه من وجه وهو العيار في الثمن

ألا ترى أنهما سميا فيه ما لم يكن مسمى في العقد الأول فيه يتبين أنه سبب مبتدأ باشراه باختيارهما فينعقد بالثمن المسمى فيه يقرره : أنه لا حاجة في التولية إلى ذكر الثمن وتسمية مقدار خيانة فيه فيكون لغوا أيضا وفي المرابحة لا بد من تسمية الثمن وتعيين قدر الربح فكان انعقادها بالتسمية الثانية فينعقد بجميع ما سميا فيها وفرق آخر أن في إثبات الخيانة في التولية تغير العقد عن موضوع ما صرحا به لأن به يصير البيع مرابحة لا تولية وقد صرحا بالتولية وكان ذلك منهما نفيا لمقدار الخيانة فأما في المرابحة لو أثبتنا جميع المسمى لا يتغير به العقد عن موضوع ما صرحا به فإنما صرحا ببيع المرابحة وهو مرابحة إلا أن الربح فيه أكثر مما ظنه المشتري والبائع دلس بتسمية بعض ربحه رأس المال فكان ذلك مثبتا الخيار للمشتري وإذا سقط خياره بهلاك المبيع في يده لزمه جميع الثمن المسمى

(قال) (وإذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فليس له أن يبيع منه ذرعا مرابحة لما بينا أن الثمن ينقسم على ذراعان الثوب باعتبار الأجزاء وله أن يبيع نصفه أو ثلثه مرابحة) لأن ثمن النصف معلوم يقينا وهذا لأن النصف جزء شائع فلا يتفاوت والذراع اسم لموضع معين يقع عليه الذراع وذلك مختلف في الثوب

(قال) (ولو اشترى نصف عبد بمائة درهم ثم اشترى النصف الآخر بمائتي درهم فله أن يبيع أي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه) لأنه يملك كل نصف بعقد على حدة فيجعل كل نصف بمنزلة عبد على حدة وإن شاء باع كله على ثلثمائة درهم مرابحة لأن العبد قام عليه في العقدين جميعا بثلمائة وبيع المرابحة بيع بما قام عليه

(قال) (ولو اشترى عبدا بألف درهم فوهب له البائع الثمن كله فله أن يبيعه مرابحة على الألف ولو وهب له بعض الثمن أو حط عنه بعضه باعه مرابحة على ما بقي) للفرق الذي بينا بينهما في حكم الالتحاق بأصل العقد وإن باعه بالثمن عرضا أو أعطاه به رهنا فهلك الرهن كان له أن يبيع العبد مرابحة على ألف درهم لأنه صار قابضا لهذا الثمن بهذا الطريق فكأنه قضاه مشاهدة ولأنه يبيعه مرابحة على ما يملك وإنما يملك المسمى عند الشراء

ألا ترى أنه قبل أن ينقد الثمن له أن يبيعه مرابحة

(قال) (ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جياد فنقدها زيوفا وتجوز البائع عنه فله أن يبيعه مرابحة على عشرة جياد) لأنه يتملكه بالجياد وبما نقد من الزيوف صار قاضيا لما عليه بدليل جواز ذلك في السلم والصرف وكذلك إن اشتراه بعشرة نقد فلم ينقده الثمن شهرا فله أن يبيعه مرابحة على العشرة النقد لأنه يملك بالنقد وبأن لم يطالبه البائع بالثمن

شهرا لا يخرج الثمن من أن يكون نقدا فلم يجعل تجوز البائع بالزيوف وتركه المطالبة بالثمن مدة بمنزلة الحط لأن هناك القدر المحطوط يلتحق بأصل العقد فيكون مغيرا الوصف وهنا يترك المطالبة بالثمن زمانا لا يلتحق شيء بأصل العقد وكذلك بالتجوز بالزيوف لأن الوصف تبع للأصل فإذا لم يخرج شيء من أصل العشرة من أن يكون ثمنا لا يمكن إخراج الوصف من ذلك لئلا يصير البيع مقصودا فيما هو بيع فيه وذلك ممتنع

(قال) (فإن وهب الثوب المشتري بعشرة لإنسان ثم رجع فيه فله أن يبيعه مرابحة على عشرة) لأن بالرجوع يعود العين إلى قديم ملكه سواء رجع بقضاء أو بغير قضاء وقد بينا هذا في الهبة . وكذلك إن باعه فرد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو إقالة فله أن يبيعه مرابحة على عشرة لأنه إن عاد إليه بسبب هو فسخ من كل وجه فقد عاد إليه قديم ملكه وإن عاد إليه بسبب هو متردد كالإقالة فأكثر ما فيه أنه بمنزلة عقد جديد وقد تملك فيه الثوب بعشرة فيبعه مرابحة عليه ولو تم البيع فيه رجع إليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لأنه ما عاد إليه الملك المستفاد بالشراء الأول فإن ملك الوارث ينبني على ملك المورث فإنما يبقى له ما كان لمورثه فيبيعه مرابحة على ما اشتراه مورثه به لو باعه مرابحة وليس له ذلك لأن الملكية قد تجددت له وإن كان الملك هو الذي كان لمورثه وأما في الهبة فقد يثبت له ملك جديد بسبب التبرع فلا يكون له أن يبيعه مرابحة

(قال) (وإذا اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو مكاتبه أو عبده أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه بثمن قد قام على البائع بأقل منه لم يكن له أن يبيعه مرابحة إلا بالذي قام على البائع في العبد والمكاتب بالاتفاق) لأن بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه في ملكه بمقابلة هذا العين وهو المدفوع إلى البائع الأول فأما الربح الذي حصل لعبده لم يخرج من ملكه لأن كسب العبد لمولاه وما حصل لمكاتبه من وجه كان له أيضا فللمولى حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك لعجزه ولأن تهمة المسامحة تتمكن فالإنسان يسامح في المعاملة مع عبده ومكاتبه لعلمه أنه لا يتعذر عنه ما يحصل لهما وبيع المرابحة بيع أمانة ينفي عنه كل تهمة وخيانة فأما في غير المماليك من الآباء والأولاد والأزواج والزوجات فكذلك الجواب عند أبي حنيفة

و (قال) أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - له أن يبيعه مرابحة على ما اشتراه به من هؤلاء لتباين الأملاك بينهما إذ ليس لكل واحد منهما في ملك صاحبه ملك ولا حق فهما في ذلك كالأخوين وأبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول ما يحصله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصل لنفسه من وجه ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء فباعتبار هذا الوجه صاروا في حقه كالعبد والمكاتب ولأن مسامحة بعض هؤلاء مع البعض في المعاملة أمر ظاهر وبيع المرابحة يؤخذ فيه بالاحتياط فلا يبيعه مرابحة إلا على القدر الذي يتيقن بالالتزام فيه لا على وجه المسامحة وذلك أقل الثمنين كما في العبد والمكاتب

(قال) (وإذا اشترى ثوبا بثوب قد قام عليه الأول بعشرة دراهم فليس له أن يبيعه مرابحة على العشرة) لأنه ملك هذا الثوب بالعقد الثاني فالعوض ما كان مذكورا فيه ولا مثل للثوب من جنسه فلهذا لا يبيعه مرابحة على ما اشترى به ولا على الثمن الأول لأنه ما التزم ذلك عوضا عن هذا الثوب

(قال) (وإذا اشترى الرجلان عدل زطي بألف درهم فاقتسماه فليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة) لأن القسمة فيما تتفاوت يتمكن فيها معنى المعاوضة من حيث أن كل واحد منهما يأخذ نصف ما يصيبه بقديم ملكه ونصفه عوضا عما ترك لصاحبه فيمنعه ذلك من البيع مرابحة

يوضحه : أنا لا نتيقن بأن ما يصيبه بالقسمة هو النصف وإنما يعرف ذلك بطريق الحزر وقبل القسمة لو ميزا بعض الثياب وأرادا بيع ذلك مرابحة على ما يخصها من الثمن لم يملكا ذلك فكذلك بعد القسمة وبه فارق المكيل والموزون

(قال) (وإذا اشترى عبدا به عيب قد دلس عليه فلما علم به رضي فله أن يبيعه مرابحة) لأنه اشتراه بالثمن الذي يبعه مرابحة عليه وسبب العين يثبت له الخيار فإسقاطه لا يمنعه من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار الشرط أو رؤية فأسقط وكذلك لو اشتراه مرابحة فخانه صاحبه فيه كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما بينا أن الثابت له بسبب هذه الخيانة الخيار فقط

(قال) (وإذا ولى رجل رجلا بيعا بما قام عليه ثم اطلع على أنه أخذه بأقل من ذلك بشهادة شهود أو بإقرار البائع الأوسط أو بنكوله عن اليمين فيه وقد ادعاه المشتري الآخر) فإنه يرجع عليه بالفضل وتم له البيع وقد بينا الخلاف في هذه المسألة وإنما الشبهة في حرف وهو أنه سمع دعوى المشتري الآخر أن الثمن الأول كان أقل مما سمى في التولية منه حتى سمع بينته على ذلك واستحلفه على ذلك خصمه يقضي عليه بنكوله من أصحابنا – رحمهم الله تعالى – من يقول هو مناقض في هذه الدعوى والمناقض لا قول له ولا طريق لظهور ذلك إلا إقرار البائع الأوسط به ومنهم من يقول بل دعوى الخيانة من المشتري الآخر بمنزلة دعوى العيب أو بمنزلة دعوى الحط ولو ادعى شيئا من ذلك فأقام البينة قبلت بينته وإذا لم يكن له بينة يستحلف خصمه فكذلك هنا وإن كان المولى قد باعه مرابحة قبل أن يرجع على البائع الأول بشيء ثم رجع عليه بـقـدر الخيانة يرد ذلك القدر وربحه على المشتري منه بمنزلة ما لو حط بائعه عنه بعض الثمن

(قال) (وإذا اشترى شيئا من شريك له شركة عنان فلا بأس بأن يبيعه مرابحة) لأنهما فيما ليس من شركتهما كسائر الأجانب ولهذا قبلت شهادة كل واحد منهما لصاحبه فإن كان للأول فيه حصة فليس له أن يبيعه حصة نفسه مرابحة إلا على ما اشتراه به لأنه يملك حصته بالعقد الأول وإنما يملك على شريكه بالعقد الثاني حصته فيبيع كل حصته مرابحة على ما اشتراه به

(قال) (وإن كانت خادم لشريك مفاوض للخدمة فاشتراها شريكه منه للخدمة ثم بدا له أن يبيعها مرابحة فله ذلك) لأن هذا ليس من شركتهما وكل واحد منهما من صاحبه فيه كأجنبي آخر وكل شيء كان لأحدهما خاصة فالحكم فيه كذلك وكل شيء كان بينهما فلا يبيعه واحد منهما مرابحة إذا اشتراه من صاحبه إلا على الأصل الأول لأن العقد الثاني غير معتبر فإن قبله كانت العين مشتركة بينهما شركة مفاوضة فكذلك بعده بخلاف ما يشتري أحد شريكي العنان من صاحبه للشركة لأن ذلك شراء معتبر فإنه يدخل في شركتهما ما لم يكن داخلا إلا أن البائع في حصة نفسه إنما يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وهو ما اشتراه به لأنه متيقن بخروج ذلك القدر عن ملكه

(قال) (عبد بين اثنين قام عليهما بمائة دينار فربح أحدهما صاحبه في حصته دينارا فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على مائة دينار ودينار) لأنه يملك جميع العبد بهذا القدر وفي شركة الملك شراء أحدهما من صاحبه كشرائه من أجنبي آخر

(قال) (وإذا اشترى الرجل متاعا ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز) ولكن لا ينبغي أن يقول قام علي بكذا ولا أخذته بكذا فإن ذلك كذب والكذب لا رخصة فيه ولكن يقول رقمه بكذا وأنا أبيعه مرابحة على ذلك وعن أبي يوسف (قال) : هذا إذا كان المشتري ممن يعلم عادة التجار أنهم يرقمون السلع بأكثر مما يشترون به فإن كان لا يعلم ذلك فهذه خيانة وللمشتري حق الرد به إذا علم وهذا منه احتياط وقد كان يبالغ في الاحتياط في باب المرابحة حتى (قال) إذا اشترى شيئا بأكثر من ثمنه مما لا يتغابن الناس في مثله وهو يعلم ذلك فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو اشترى بالدين ممن عليه الدين شيئا وهو لا يشتري ذلك الشيء بمثل ذلك الثمن من غيره فليس له أن يبيعه مرابحة وإن كان يشتري بمثل ذلك الثمن من غير غريمه فله أن يبيعه مرابحة سواء أخذه بلفظة الشراء أو بلفظة الصلح و في ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء فنقول مبني الصلح على الحط والتجوز بدون الحق ومبني الشراء على الاستقصاء والمماكسة ولو كان أصل الثوب له بميراث أو هبة أو وصية فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان جائزا أيضا لأنه ما أخبر المشتري بشيء هو كذب وإنما (قال) قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق في ذلك فإن صار المشتري مغبونا فيه فذلك من قبل جهله

(قال) (وإذا باع الرجل المتاع بربح ده يازده أو بربح أحد عشر) فكذلك سواء إن كان المشتري قد علم بالثمن قبل عقده البيع وليس أن يرده لأن مقدار الثمن وربحه معلوم له عند العقد وإن لم يكن عالما بالثمن فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ليكشف الحال له حين يعلم بمقدار الثمن وكذلك إن باعه له برقمه فللمشتري الخيار إذا علم بالرقم لما بينا

(قال) (وإذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم باعه بوضيعة ده يازده عن الثمن فإن الثمن يكون تسعة دراهم وجزء من إحدى عشر جزءا من درهم ولو باعه بربح ده يازدة كان الربح درهما ثم إذا باعه بوضيعة ده يازده لم يجعل الوضيعة درهما) ففي الحقيقة لا فرق بينهما فإنه إذا باعه بربح ده يازده كان الثمن أحد عشر درهما فالربح جزء من إحدى عشر جزءا من الثمن وذلك بأن تضرب العشرة في احدى عشر فتكون مائة وعشرة فمقدار الوضيعة جزءا من احدى عشر جزء وذلك عشرة أجزاء يبقى مائة جزء وكل احدى عشر جزءا درهم وذلك تسعة دراهم زجزءا من احدى عشر جزءا من درهم . قال (واذا اشترى ثوبا بخمسة دراهم واشترى آخر ثوبا بستة دراهم ثم باعاهما بصفقة واحدة مرابحة ومواضعة فالثمن بينهما على قدر رأس ماليهما) لان الثمن الثاني في هذا النوع من البيع مبنى على الثمن الأول . قال (ولو ولى المشتري رجلا ثم حط البائع الأول عنه جميع الثمن فانه لايحط عن الآخر شيء) لأن حط الكل مبتدأ غيره ملتحق بأصل العقد فلا يثبت في حق المولى والله أعلم ." (١)

---

(١) المبسوط، ٢١١/٦

" قال رحمه الله وإذا اشترى سيفا محلى بدراهم أكثر مما فيه وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالسيف عيبا في نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته فله أن يرده لفوات وصف السلامة المستحقة له بمطلق العقدفان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فلا ينبغي له أن يفارقه حتى يقبض الثمن لأن الرد بعد القبض بغير قضاء قاض كالإقالة من حيث أنه يعتمد التراضي والإقالة في الصرف بمنزلة البيع الجديد في وجوب التقابض به في المجلس لأن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع واستحقاق القبض من الصرف من حق الشرع فإذا فارقه قبل التقابض انتقض الرد في حصة الحلية لأنه صرف وفيما وراء ذلك لأن في تمييز البعض من البعض ضررا وله أن يرده عليه بالعيب كما له ذلك قبل الرد لأنه ما كان منه ليس بدليل الرضا بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره أن يفارقه قبل الثمن لأن الرد بالقضاء فسخ من الأصل فإن للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب وليس له ولاية العقد المبتدأ فهو بمنزلة الرد بخيار الرؤية ولا يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن . ألا ترى أن البائع لو كان اشتراه من غيره كان له أن يرده على بائعه في هذا الفصل دون الأول قال وله أن يؤاجره بالثمن لأنه دين له في ذمته بسبب القبض فإن عقد الصرف قد انفسخ والتأجيل صحيح في مثله كبدل الغصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فإنه في حكم العين فإن كان حلى ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فإن أراد أن يرده دون الحلى لم يكن له ذلك إلا أن يرده كله أو يأخذه كله لأن الكل كشيء واحد لما في تمييز البعض من البعض من الضرر ولأن الانتفاع بالبعض متصل بالبعض فهو نظير ما لو اشترى زوج خف فوجد بإحداهما عيبا وهناك ليس إلا له أن يردهما أو يمسكهما وكذلك لو اشترى خاتم فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص أو الفضة عيبا ولو اشترى إبريق فضة فيه ألف درهم بألف درهم أو بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجدت الدراهم رصاصا أو ستوقة فردها عليه كان له أن يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الإبريق لأن العقد قد انتقض من الأصل حين تبين افتراقهما قبل قبض أحد البدلين فإن الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم

لأن اعارته لا تؤثر في عينه حتى لا تملك به العين ولا يستحق استدامة اليد فيه فكذلك اقراضه لا يثبت ملكا صحيحا في عينه وكل ما يتأتى فيه الإعارة حقيقة مما لا ينتفع به إلا مع بقاء عينه فاقراضه واعارته سواء لأن منافعه لا تنفصل عن عينه فاقراضه واعارته تمليك لعينه وإذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز في كل مكيل أو موزون وكذلك في العدديات المتقاربة كالجوز والبيض ولأنها مضمونة بالمثل وإنما يختلفون في أقراض الخبز فالمروى عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز وونا ولا عددا وعن أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا وعند محمد أنه يجوز عددا قال هشام فقلت له وزنا فرأيته نفر من ذلك واستعظمه وقال من يفعل ذلك وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عند أبي حنيفة قال لأنه لا يوقف على حده معناه إنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الخفيف والثقيل وفي كل نوع عرف لا يحصل ذلك بالآخر وما لا يوقف على حده لا يجوز السلم فيه ثم لهذه العلة أفسد أبو حنيفة الاستقراض فيه لأن السلم أوسع من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فإذا لم يجز السلم في الخبز لهذا المعنى فلأن لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في

الموزونات وزنا يجوز وقد بينا في البيوع أن استقراض اللحم وزنا يجوز فكذلك الخبز ولا يجوز عددا لأنه متفاوت فيه الكبير والصغير ومحمد جوز استقراضه عددا لأنه صنع الناس وقد اعتادوه وقد نقل ذلك عن إبراهيم إنه سئل عمن استقرض رغيفا فرد أصغر منه أو أكبر قال لا بأس به وهو عمل الناس قال الكرخي وإنما استعظم محمد قول من يقول لا يجوز استقراضه إلا وزنا لأنه لا يجوز استقراض فيه وزنا وهذا لأن إع لامه بالوزن أبلغ مم إعلامه بذكر العدد فإذا جاز عنده الاستقراض فيه عددا فلان يجوز وزنا أولى وم أصحابنا رحمهم الله من قال بل استعظم جواز استقراضه وزنا لأن القياس فيه ما قاله أبو حنيفة أنه لا يوقف على حده

وأما الحديث فإنما استقرض رسول الله صلى الله عليه و سلم لبيت المال حتى روى أنه قضاه من أبل الصدقة وما كان يقضي ما استقرضه لنفسه من أبل الصدقة وبيت المال بثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف في الصدقة بكرا فإن الاستسلاف والاستقراض يتفاوت ثم لم تجب الزكاة على صاحبه المال فرده بعد ما صار رباعيا وقيل هذا كان في وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه في أول الغصب فإن قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه نفذ بيعه وعليه ضمان قيمته لأن المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد إذا الفاسد معتبر بالجائز لأنه لا يمكنه أن يجعل الفاسد أصلا في معرفة حله لأن الشرع لا يرد به فلا بد من اعتباره بالجائز وكذلك العقار والثياب الاستقراض فيها كالاستقراض في الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم والقرض في الثياب فقالوا الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا والقرض لا يكون إلا حالا وحقيقة المعنى فيه أن المعتبر في المسلم فيه اعلام المالية على وجه لا يبقي فيه تفاوت إلا يسيرا ليكون المقصود بالعقد معلوما للعاقد وذلك في الثياب بذكر الوصف ممكن أما في باب القرض فالشرط اعتبار المماثلة في العين المقبوضة وصفة المالية وذلك لا يوجد في الثياب بدليل أنها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك فلهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض الخشب والحطب والقصب والرياحين الرطبة والبقول لأنها مضمونة بالقيمة عند الاستهلاك فأما الحناء والوسمة والريا حين اليابسة التي تكال لا بأس باستقراضها لأنها مضمونة بالمثل عند الاستهلاك ولا يجوز الأجل في القرض معناه أنه لو أجله عند الإقراض مدة معلومة أو بعد الإقراض لا يثبت الأجل وله أن يطالبه به في الحال وعند مالك يثبت الأجل في القرض لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التأجيل فيه كالثمن والأجرة يدل عليه أن التأجيل أسقاط المطالبة إلى مدة وأسقاط المطالبة ببدل القرض لا إلى غاية بالأبراء صحيح فالتأجيل فيه أولى أن يصح ولنا فيه طريقان أحدهما أن المقرض متبرع ولهذا لا يصح الإقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الأجل فيه لصار التبرع ملزما المتبرع شيئا وهو الكف عن المطالبة إلى مضي الأجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح

فلهذا لا يلزم الأجل فيه وإن ذكر بعد العقد والثاني أنالقرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت في العارية لا يلزم حتى أن المعير وأن وقته سنة فله أن يسترده من ساعته فكذلك الأجل في القرض وبه يتبين الجواب عن قوله هو دين لأن بدل القرض في الحكم عين المقبوض إذ لو جعل دينا على الحقيقة كان بدلا عن المقبوض في الحكم فيكون مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهذا بخلاف الإبراء لأنه بالإبراء يزيل ملكه وازالة الملك بالتبرع صحيح فأما بالقرض فلا

يزيل ملكه فلو لزم الأجل فيه لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه إلى مضي الأجل وهو مخالف لموضوع التبرع فأما التأجيل في بدل العصب والمستهلك فيحوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعي رحمهما الله أما مع الشافعي فالكلام ينبني على أصل وهو أن عنده الأجل لا يثبت في شيء من الديون إلا بالشرط في عقد المعاوضة حتى قال لو أجله في الثمن بعد البيع لا يثبت الأجل ل أن الشرط إنما يعتبر في ضمن العقد اللازم إما منفردا عن العقد فلا يتعلق به اللزوم ولكنا نقول ما كان دينا على الحقيقة إذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاسقاط القبض فيه بالإبراء صحيح فكذلك بالتأجيل أما زفر فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الأجل في القرض فكذلك في بدل الغصب وهذا لأن المعتبر فيهما المعادلة في صفة المالية وبين الحال والمؤجل تفاوت في المالية معنى فالتأجيل فيه بمنزلة التزام رد أجود مما قبض أو أزيف أو اردأ منه وذلك لا يكون ملزما وجه قولنا أن بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة فاشتراط الأجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فإنه في حكم العين والقرض بمنزلة العارية كما بينا ولهذا قال أبو يوسف أن الملك لا يثبت للمستقرض في العين بنفس القبض والمقرض أحق باسترداده ما لم يخرجه المستقرض عن ملكه ولكنا نقول المستقرض يملك العين بالقبض لأن هـ يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين فإذا يملك العين التحق بسائر أملاكه وكان الخيار في تعيين ما يرده إلى المستقرض وهذا لأنه دين في ذمته صورة وقد جعل كالعين حكما فلا عتبار أنه دين صورة جعلنا اختيار محل القضاء إلى من في ذمته ولاعتبار أنه عين حكما قلنا لا يلزم فيه الأجل وعارية الدراهم والدنانير قرض للأصل الذي قلنا أن القرض بمنزلة العارية والعارية في كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك لعينه يكون قرضا وهذا لأن المعير مسلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يرده عليه وفيما يجوز فيه القرض المنفعة لاتنفصل عن العين فيكون بالإعارة مسلطا له على استهلاك العين في حاجته على أن يرد عليه مثله وذلك اقراض

وكذلك الزيوف في قول أبي حنيفة لأن عنده إذا رد الكبير بعيب الزيافة ينتقض القبض فيه إلى الأصل وقد بينا ذلك في السلم وعندهما في الزيوف يستبد له قبل أن يتفرقا من مجلس الرد وذكر عن المسور بن مخرمة قال : وجدت في المغنم يوم القادسية طشتا لا أدري أشبه هي أو ذهب فاتبعتها بألف درهم فأعطاني بها تجار الحيرة ألفي درهم فدعاني سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فقال : لا تلمني ورد الطشت فقلت : لو كان سهاما قبلتها مني فقال إني أخاف أن يسمع عمر رضي الله عنه أني بعتك طشتا بألف درهم فأعطيت بها ألف درهم فيرى أني قد صانعتك فيها قال : فأخذها مني فأتيت عمر رضي الله عنه فذكرت له ذلك فرفع يديه وقال : الحمد الله الذي جعل رعيتي تخافني في آفاق الأرض وما زادني على هذا وفيه دليل أن لصاحب الجيش ولاية بيع المغانم وأنه ليس له أن يبيع بغبن فاحش وإن تصرفه فيه كتصرف الأب والوصي في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضي الله عنه لما أظهر أنه باع بغبن فاحش وفيه دليل على أن الإمام إذا بلغه عن عامله ما رضى به من عدل أو هيبة فعله فإنه ينبغي له أن يشكر الله تعالى على ذلك فإن ذلك نعمة من الله تعالى وكان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة تهابه عماله في آفاق الأرض وذلك لحسن سريرته على ما جاء في الحديث من خاف الله خاف منه كل شيء وإذا اشترى الرجل طشتا أو إناء لا يدري ما هو ولم يشترط له صاحبه شيئا فهو جائز لأن العقد تناول العين والمشار إليه معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه ودل على

صحة هذا حديث المسور بن مخرمة وإذا اشترى إناء فضة فإذا هو غير فضة فلا بيع بينهما لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى والعقد إنما يتعلق بالمسمى لأن انعقاده بالتسمية والمسمى معدوم فلا بيع بينهما ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر وهو الذي أفسدها فهو بالخيار إن شاء أخذها وإن شاء ردها لأن ال مشار إليه ليس من جنس المسمى فإن مثله يسمى إناء فضة في الناس إلا أنه معيب لما فيه من الغش فيجوز العقد على المشار إليه بالتسمية ويتخير المشتري للعيب وإن كانت رديئة من غير غش فيها لم يكن له أن يردها لأن الرداءة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وصفة الرداءة بأصل الخلقة

ألا ترى أن بالرداءة تنعدم صفة الجودة وبمطلق العقد لا يستحق صفة الجودة وإنما تستحق السلامة ولو اشترى سيفا محلى على أن فيه مائة درهم بمائة درهم وتقابضا وتفرقا فإذا في السيف مائتا درهم فإنه يرد السيف لفساد العقد بالفضل الخالي عن المقابلة وهو الجفن والحمائل وإن اشترى ابريق فضة بألف درهم على أن فيه نصف ألف درهم وتقابضا وتفرقا فاذا فيه ألفا درهم كان الخيار للمشتري إن شاء قبض نصفه بألف درهم لأنه إنما يكون مشتريا مقدار ما سمى منه وقد تبين أن ذلك نصف الإبريق ولا يمكن أن يجعل مشتريا للكل بألف درهم لأنه ربا ولا بألفين لأنه ما التزم إلا ألف درهم فجعلناه مشتريا نصفه بالألف وأثبتنا له الخيار لتبعيض الملك عليه فيما يضره التبعيض بخلاف السيف فهناك لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لأنه لو صرح بذلك لم يجز العقد لأن الحلية صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الإبري ق ولو كان اشترى الإبريق بمائة دينار كان جائزا له كله بالدنانير لأن الربا ينعدم عند اختلاف الجنس والإبريق مما يضره التبعيض فيكون الوزن فيه صفة فإنما يتعلق بعينه إذا أمكن دون الوزن المذكور وإن اشترى نقرة فضة بمائة درهم على أن فيها مائة درهم وتقابضا فإذا فيها مائتا درهم كان للمشتري نصفها لا خيار له فيها وكذلك لو اشتراها بعشرة دنانير لأن النقرة لا يضرها التبعيض فالوزن فيها يكون قدرا لا صفة فإنما ينعقد العقد على القدر المسمى من وزنها بخلاف الإبريق فإنه يضر التبعيض فالوزن يكون صفة فيه ألا ترى أن باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل تارة وأخف تارة ولا يتبدل اسم العين وهو الإبريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة والبيع يتعلق بالعين دون الذرعان المذكورة وعن أبي رافع قال : خرجت بخلخال فضة لامرأتي أبيعه فلقيني أبو بكر رضي الله عنه فاشتراه مني فوضعته في كفة الميزان ووضع أبو بكر رضي الله عنه دراهمه في كفة الميزان وكان الخلخال أثقل منها قليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقلت : يا خليفة رسول الله هو لك فقال : يا أبا رافع أني سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم قال (الذهب بالذهب وزنا بوزن والزائد والمستزيد في النار)

وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وإن القليل من الفضل والكثير فيما يضره التبعيض أولا يضره سواء وفيه دليل أن مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة تجوز وإن يعلم مقدارها لوجود المساواة في الوزن وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها دانقا فوهبه له هبة ولم يدخله في البيع فهو جائز لأن المحرم الفضل الخالي عن المقابلة إذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بعقد التبرع وهو غير مشروط في البيع ولا يؤثر في البيع فإن قيل فلماذا لم يقبله أبو بكر رضي الله قلنا كأنه احتاط في ذلك أو علم أن أبا رافع رضي الله عنه كان وكيلا في بيع الخلخال والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وإن كان السيف المحلى بين رجلين فباع أحدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه أو من غيره

وتقابضا فهو جائز لأن عقد البيع على خالص ملكه وإن كان باعه من شريكه ونقده الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل أن يقبض السيف انتقض البيع لأن البيع في حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقابض لأن حصة البائع ما كان في يد المشتري فلا يصير قابضا له بالشراء ما لم يسلمها إليه ولا بأس ببيع الفضة جزافا بالذهب أو بالفلوس أو بالعروض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس وإذا اشترى سيفا محلى فضته خمسون درهما بمائة درهم وقبض السيف ونقده من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فالبيع جائز لأن المنقود ثمن الفضة خاصة فإن قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمعارضة لا تقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل النقود ثمن المستحق خاصة فالافتراق وجد بعد التقابض في المجلس في حصة الصرف وكذلك لو أجله في الخمسين الباقية إلى شهر لأنه ثمن مبيع لو أبرأه عنه جاز فكذلك إذا أجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقد منها حصة الحلية وصالحه من الباقي على دراهم أو على ثوب وتقابضا فهو جائز لأن الب ا قي ثمن المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز والله أعلم ." (١)

" (قال) (الشيخ الإمام الأجل لزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي إملاء : القسمة من الحقوق اللازمة في المحل المحتمل لها عند طلب بعض الشركاء وجوازها بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ﴾ (القمر : ٢٨) والسنة ما اشتهر من قسمة رسول الله – صلى الله عليه و سلم – الغنائم بين الصحابة – رضوان الله عليهم – وقسمة المواريث وغير ذلك والناس يعاملون من لدن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – إلى يومنا هذا إنما تجب بعد طلب بعض الشركاء لأن كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أي يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته إلى ذلك

وفي القسمة شيئان المعادلة في المنفعة وتمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر

وهي تتنوع نوعين :

أحدهما : تمييز محض وهو القسمة في المكيلات والموزونات ولهذا ينفرد بعض الشركاء حتى أن المكيل والموزون من جنس واحد إذا كان مشتركا بين اثنين وأحدهما غائب كان للحاضر أن يتناول من ذلك من مقدار نصيبه وبعد ما اقتسما نصيب كل واحد منهما عين ما كان مملوكا له قبل القسمة ولهذا يبيعه مرابحة على نصف الثمن

ونوع : هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب الحيوانات فإنما يتميز عند اتحاد الجنس وتقارب المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى أن ما يصيب كل واحد منهما مما يصفه كان مملوكا له ونصفه عوض عما أخذه صاحبه من نصيبه ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة إذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث بشير بن يسار عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أنه قسم جبريل على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر للمسلمين وسهم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – معهم وثمانية عشر سهما فيها أرزاق أزواج رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ونوائبه واعلم أن خيبر كانت ستة

---

(١) المبسوط، ٢٦١/٦

حصون الشق والنطاة والكيبة والسلاليم والغموس والوطيخة إلا أن الأموال والمزارع كانت في ثلاثة حصون منها والنسق والنطاة والكيبة وقد افتتح بعض الحصون م نها عنوة وقهرا وبعضها صلحا على ما روي أن كنانة من أبي الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف في المغازي فما افتتح منها كان لرسول الله – صلى الله عليه و سلم – خالصا فإنهم إنما خرجوا لما وقع في قلوبهم من الرعب وقد خص الله سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه و سلم – بالنصرة بإلقاء الرعب في قلوب أعدائه قال – صلى الله عليه و سلم – (نصرت بالرعب مسيرة شهر) وإلى ذلك أشار الله تعالى في قوله ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم ﴾ (الحشر : ٦) إلى قوله ﴿ ولكن الله يسلط رسله على من يشاء ﴾ (الحشر : ٦) فجمع رسول الله – صلى الله عليه و سلم – تلك الحصة مع الخمس في الشطر وقسم الشطر وبين الغانمين وقد فسر ذلك محمد بن إسحاق والكلبي على ما ذكر بعد هذا عنهما أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قسم خيبر على ثمانية عشر سهما جميعا كانت الرجال ألف وأربعمائة والخيل مائتي فرس وكان على كل مائة رجل فكان علي – رضي الله عنه – على مائة وكان عبيد السها على مائة وكان عاصم بن عدي – رضي الله عنه – على مائة وكان القاسم في النسق والنطاة وكانت النسق ثلاثة عشر سهما والنطاة خمسة أسهم وكانت الكتيبة فيها خمس الله وطعام أزواج رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وعطاياه وكان أول سهم خرج من النسق سهم عاصم – رضي الله عنه – وفيه سهم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – الحديث إلى آخره

فهذا الحديث يبين معنى الحديث الأول ففي الحديث الأول ذكر الشطرين وأن أصل القسمة كانت على ستة وثلاثين سهما وفي الحديث الآخر ذكر مقدار ما قسم بين الغانمين أنه قسم على ثمانية عشر سهما

وفيه دليل على أن للإمام في المغانم قسمين قسمة على العرفاء وأصحاب الرايات وقسمة أخرى على الرؤوس الذين هم تحت كل راية وإنما يفعل ذلك لأن اعتبار المعادلة بهذا الطريق أيسر فإنه لو قسم ابتداء على الرؤوس ربما يتعذر عليه اعتبار المعادلة ثم لم يجعل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – باسم نفسه سهما ولكن كان سهمه مع سهم بن عاصم بن عدي – رضي الله عنه – فقيل أنه تواضع بذلك وقيل إنما فعل ذلك لأنه ما كان يساوي اسمه اسم في المزاحمه عند خروج القرعة ولهذا خرج سهم عاصم بن عدي – رضي الله عنه – أولا : لأن فيه سهم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وهذا أولى مما يقوله بعض مشايخنا أن العرافة مذمومة في الجملة فيتحرز من ذلك فإن الجهاد وقسمة الغنائم العرافة غير مذمومة

(ألا ترى) أنه اختار لذلك الكبار من الصحابة كعلي وطلحة والزبير وعبدالرحمن بن عوف – رضي الله عنهم

ثم بظاهر الحديث استدل أبو يوسف ومحمد في أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل لأنه قال وكانت الرجال ألفا وأربعمائة والخيل أربعمائة فرس فعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم وعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم ولكل مائة من الخيل سهمان ولكن أبو حنيفة يقول المراد بالرجال الرجالة قال الله تعالى ﴿ يأتوك رجالا وعلى كل ضامر ﴾ (الحج : ٢٧) والمراد بالخيل الفرسان يقال عارت الخيل قال الله ﴿ وأجلب عليهم بخيلك ورجلك ﴾ (الإسراء : ٦٤) أي بفرسانك ورجالتك فهذا يتبين أن الرجال كانوا ألفا وستمائة وأنه أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وفيه دليل أنه

لا بأس باستعمال القرعة في القسمة فقد استعمل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ذلك في قسمة الغنيمة مع نهيه صلوات الله عليه عن القمار فدل أن استعماله ليس من القمار

وذكر عن مسروق – رحمه الله – أنه لم يأخذ عن القضاء رزقا ففيه دليل أنه من ابتلي بالقضاء وكان صاحب يسار فالأولى له أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال

وإن كان لو أخذ جاز له وبيانه بما روي عن عمر – رضي الله عنه – فيه قال ما أحب أن يأخذ قاضي المسلمين أجرا ولا الذي على الغنائم ولا الذي على المقاسم ولم يرد به حقيقة الأجر فالاستئجار على القضاء لا يجوز ولا يستوجب الأجر على القضاء وإن شرط ولكن مراده الكفاية التي يأخذها القاضي من بيت المال فالمستحب له عند الاستغناء أن لا يأخذ ذلك قال الله تعالى ﴿ ومن كان غنيا فليستعفف ﴾ (النساء : ٦) وقد بينا الكلام في هذا الفصل فيما أمليناه من شرح أدب القاضي والذي على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم من وجد كالقاضي لأنه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضي في الحكم حتى يجوز استئجاره على ذلك إن لم يكن له فيه نصيب وتأويل الحديث إذا كان له نصيب في ذلك فاستئجار أحد الشركاء على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استئجار القاضي على القضاء ذكر عن يحيى بن جزار أن عبدالله بن يحيى كان يقسم لعلي – رضي الله عنه – الدور والأرضين ويأخذ على ذلك الأجر وقد بينا فوائد هذا الحديث في أدب القاضي وجواز الاستئجار لعمل القسمة بخلاف عمل القضاء

وعن عامر أن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بعث عليا – رضي الله عنه – إلى اليمن فأتى بركاز فأخذ منه الخمس وترك أربعة أخماسه للواجد

وأتاه ثلاثة يدعون غلاما كل واحد يقول ابني فأقرع بينهم وقضى بالغلام للذي خرجت قرعته وجعل عليه الدية لصاحبيه قال الراوي فقلت لعامر هل رفع عنه بحصته قال لا أدري أما حكم الخمس في الركاز فقد بيناه في كتاب الزكاة

وأما حكم القرعة فالشافعي – رحمه الله – يستدل بظاهر هذا الحديث في المصر على القرعة في دعوى النسب عند الاشتباه

ولسنا نأخذ بذلك أن فعله هذا كان بعد حرمة القمار أم قبله وأنه عرض ذلك على رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فرضي به أو لم يرض عليه ثم لعل القضاء له بحجة أقامها وكان استعماله القرعة ليطيب القلوب

وإنما رجحه في القضاء لترجيح في حجته من يد أو غيره وقوله فقضى للذي خرجت قرعته مذكور على سبيل التعريف لا لأن الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضى القاضي لصاحب الطيلسان وما ذكر في آخره من أنه جعل عليه الدية لصاحبيه مشكل لا يتضح فالحي الحر لا يتقوم بالدية

وإن كان هذا الغلام مملوكا لهم أو من جارية مشتركة بينهم فإقرار كل واحد منهم أنه ابنه يوجب حرية نصيبه ويسقط حقه في التضمين وكذلك ما أشكل على السائل حيث قال هل رفع عنه بحصته فإن الدية اسم يجمع بدل النفس وقد كان في ذلك حصة الذي قرع فلا بد من أن يرفع عنه بحصته في الموضع الذي يجب كأحد الشركاء في العبد إذا قبله إلا أن عامر لم يحارف ألم يرد ما سمع فقال لا أدري فكأنه لم يتكلف لذلك لعلمه أن هذا ليس بحكم مأخوذ به فبهذا يتبين ضعف هذا الحديث في استعمال القرعة في النسب

وعن إسماعيل بن إبراهيم قال : خاصمت أخي إلى الشعبي في دار صغيرة أريد قسمتها ويأبى ذلك فقال الشعبي – رضي الله عنه – لو كانت مثل هذه فخط بيده مقدار آجرة قسمتها بينكم فقال وخطها على أربع قطع

وفيه دليل على أن القاضي يقسم المشترك عند طلب بعض الشركاء وإن أبى ذلك بعضهم لأن الذي طلب القسمة متظلم من صاحبه أنه يشفع بملكه ولا بنصفه في الانتفاع والذي يتعنت وإنما يبني القاضي قضاءه على التماس المتظلم الطالب للإنصاف دون المتعنت ولهذا لا تجب القسمة فيما لا يحتملها عند طلب بعض الشركاء لأن الطالب هنا متعنة فإنه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة وأما قول الشعبي في مقدار آجرة خطها على الأرض قسمتها بينكم على وجه التمثيل دون التحقيق للمبالغة في دار الذي يأتي القسمة منهما فيما يحتمل لأن مقدار الآجرة يحتمل القسمة وهو نظير قوله – صلى الله عليه و سلم – (من بنى مسجدا لله كمفحص قطاه بنى الله له بيتا في الجنة) والمسجد لا يكون كمفحص القطاة وإنما قال ذلك للمبالغة في بيان الميل

وقال أبو حنيفة – رحمه الله – أجرة القسام إذا استأجره الشركاء للقسمة بينهم على عدد الرؤوس لا على مقدار الإنصباء

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي – رحمهم الله – على مقدار الإنصباء ويستوي في ذلك قاسم القاضي وغيره وهو رواية عن أبي حنيفة – رحمه الله

وجه قولهم أن هذه مأنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم على وجه النفقة على قدر الملك كالنفقة وأجرة الكيال والوزان إن استأجروه ليفعل ذلك فيما هو مشترك بينهم وهذا لأن المقصود هنا بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم إلى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكبر من منفعة نصيب صاحب القليل أو لأن الغرم مقابل بالغنم ثم الغنم بين الشركاء على قدر الملك يعني الثمار والأولاد فكذلك الغرم عليهم بقدر الملك

ولأبي حنيفة – رضي الله عنه – أن عمله لهم سواء وإنما يستحق الأجر بذلك فيكون الأجر عليهم بالتسوية كما إذا استوت الإنصباء

وبيان الوصف أن القسام لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الإطناب والمشي على الحدود فإنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه فعرفنا أنه لا يستوجب الأجر بالقسمة وهي تمييز نصيب كل واحد منهم ولا تفاوت بينهم في ذلك فكما يتميز نصيب صاحب الكبير بعمله عن نصيب صاحب القليل يتميز نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكبير وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل أكبر والحساب لا يدق إذا استوت الانصباء وإنما يدق عند تفاوت الانصباء وتزداد دقته بقلة بعض الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أسوأ من تمييز نصيب صاحب الكبير ولكن لا يعتبر ذلك لأن التمييز حصل بعمل واحد وهما في ذلك العمل سواء بخلاف الزوائد فإنها تتولد من الملك فإنما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فإنها لإبقاء الملك وحاجة الكبير إلى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل

ولا معنى لما قال أن منفعة صاحب الكثير هنا أكثر لأن ذلك لكثرة نصيبه لا للعمل الذي استوجب الأجر به فأما أجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشايخنا هو على الخلاف فإن المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القسام

والأصح أن أبا حنيفة – رضي الله عنه – يفرق بينهما فنقول هنا إنما لا يستوجب الأجر بعمله في الكيل والوزن

ألا ترى أنه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الأجر وعمله في ذلك بالشركاء لم يستوجب الأجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل يعرف أن كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة أقفزة فلهذا كانت الأجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام فذكر أن الأولى أن يجعل لقاسم الأرضين رزقا من بيت المال حتى لا يأخذ من الناس شيئا

وإن لم يجعل رزقا فقسم بالأجر فهو جائز لأن القسمة ليست كعمل القضاء فالقضاء فرض هو عبادة والقاضي في ذلك نائب عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – والقسمة ليست من ذلك في شيء ولكنها تتصل بالقضاء لأن تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فمن هذا الوجه القسام نائب عن القاضي فالأولى أن يجعل كفايته في مال بيت المال ومن حيث إن عمله ليس من القضاء في شيء يجوز له أخذ الأجر على ذلك والقسام بمنزلة الكاتب للقاضي في ذلك وقد قررنا هذا في أدب القاضي وكذلك ما ذكر بعده من حديث شريح – رحمه الله – وما لي لا أرتزق استوفي منهم وأوفيهم أصبر لهم نفسي في المجلس وأعدل بينهم في القضاء فقد بينا أن شريحا – رحمه الله – كان يأخذ كفايته من بيت المال على ما روي أن عمر – رضي الله عنه – كان يرزقه مائة درهم على القضاء فزاده علي – رضي الله عنه – وذلك لكثرة عياله حتى جعل له في كل شهر خمسمائة درهم ولعل عاتبه بعض أصدقائه على أخذ الأجر وقال له احتسب فقال شريح في جوابه ما قال ومراده أني فرغت نفسي عن أشغالي لعمل المسلمين فآخذ كفايتي من مال المسلمين

وكأنه بهذا الكلام أشار إلى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في الصدقات للعامين عليها فإنهم لما فرغوا أنفسهم لعمل الفقراء استحقوا الكفاية في مال الفقراء

وذكر عن محمد بن إسحاق والكلبي أن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – كان إذا سافر أقرع بين نسائه قالت عائشة – رضي الله عنها – فاصابتني القرعة في السفرة التي أصابني فيها ما أصابني تريد به حديث الإفك

واعلم بأن المرأة لا حق لها في القسم عند سفر الزوج فكان لرسول الله – صلى الله عليه و سلم – أن لا يسافر بواحدة منهن وأن يسافر بمن شاء منهن من غير قرعة ولكنه كان يقرع بينهن تطييبا لقلوبهن فاستعمال القرعة في مثل هذا الموضع جائز عند العلماء أجمع – رحمهم الله – وبهذا الحديث قلنا إذا تزوج أربع نسوة فله أن يقرع بينهن لابدائه بالقسم لأن له أن يبدأ بمن شاء منهن فيقرع بينهن تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه

وإنما أورد الحديث للحكم المذكور بعده أنه لا بأس للقسام أن يستعجل القرعة في القسمة بين الشركاء قاسم القاضي وغيره في ذلك سواء وهو استحسان

وفي القياس هذا لا يستقيم لأنه في معنى القمار فإنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ثم هذا في معنى الاستقسام بالإزلام الذي كان بعبادة أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على ذلك أنه رجس وفسق

ولكنا تركنا بالسنة والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – إلى يومنا هذا من غير نكير منكر ثم هذا ليس في معنى القمار ففي القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم القاسم لو قال عدلت أنا في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز

ألا ترى أن يونس – عليه السلام – في مثل هذا استعمل هذا القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى ﴿ فساهم فكان من المدحضين ﴾ (الصافات : ١٤١) وهذا لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب إلى مالا يليق بالأنبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحبار في ضم مريم عليها السلام إلى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لأن خالتها كانت تحته ولكن استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى ﴿ إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ﴾ (آل عمران : ١٤٤) ثم إن كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة أو نائبه فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت إلى إباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة

وإن كان القاسم يقسم بينهم **بالتراضي** فرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك إلا إذا خرجت السهام كلها إلا واحدا لأن التمييز هنا يعتمد **التراضي** بينهم فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الإيجاب قبل قول المشتري فأما إذا خرج جميع السهام إلا واحدا فقد تمت القسمة لأن نصيب ذلك الواحد تعين خرج أو لم يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة

(دار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضا على بعض بفضل قيمة البناء على بعض بفضل قيمة البناء والموضع فهو جائز) لأنه يعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة ولا يتأتى ذلك في المساواة في الزرع والبناء يكون في جانب دون جانب وبعض العرصة تكون أفضل قيمة من البعض وأكثر منفعة فإن مقدم الدار يرغب فيه ما لا يرغب في مؤخره وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض في المساحة

وإن اقتسموا الأرض مساحة والبناء والقيمة قيمة بقيمة عدل فهو جائز عند **التراضي** لا يشكل وكذلك إذا قضى القاضي به لأن المعادلة في الأرض باعتبار المساحة تتيسر وقد يتعذر ذلك في البناء لما بين الأبنية من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البناء بالتقديم تكون أعدل وإذا جاز قسمة الكل باعتبار القيمة فقسمة البعض كذلك

وإن كان البناء حين اقتسموا الأرض غير معروف القسمة فهذا في القياس لا يكون لأن البناء والأرض تتناولهما قسمة واحدة

وإذا لم تعرف قيمة البناء فقد تعذر تصحيح القسمة في البناء للجهالة فلا تصح القسمة في الأرض أيضا كما هو الأصل في العقد الواحد إذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل

ولكنا استحسنا وجوزنا هذا لمعنيين :

(أحدهما) : أنهم ميزوا البناء عن الأرض في هذه القسمة حين خالفوا بينهما في طريق القسمة فاعتبروا في الأرض المعادلة في المساحة وفي البناء المعادلة في القيمة فصار بمنزلة أرضين يقسم كل واحدة منهما قسمة على حدة وفي ذلك تصح القسمة في أحديهما قبل ظهور المساحة في الأخرى فكذلك هنا تجوز القسمة في الأرض قبل أن يظهر قيمة البناء

(والثاني) : أن حكم القسمة في الأرض لا يتم بالمساحة ولكن يتوقف تمام القسمة فيها على معرفة قيمة البناء وقسمتها بالقيمة لا تتم القسمة إلا بعد ظهور المعادلة في الكل ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه وإنما يعتبر حال تمام العقد

وإذا كان يتم في المعلوم لم تضرهم الجهالة في الابتداء كما لو اشترى أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ويسمى لكل واحد ثمنا

وإذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وأرادوا القسمة بها فإن فعلوا ذلك عن تراضي منهم لم يمنعهم القاضي من ذلك لأن هذا تصرف منهم فيما بقي في أيديهم بطريق مشروع

ولو تصرفوا في ذلك ببيع أو هبة لم يمنعوا منه فكذلك بالقسمة

وإن سألوا القاضي أن يقسمها بينهم فإن أبا حنيفة قال : القاضي لا يقسم العقار بينهم بإقرارهم حتى تقوم البينة على أصل الميراث

وقال أبو يوسف ومحمد : يقسمها بينهم ويشهد أنه قسمها بإقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لأن اليد فيها لهم ومن في يده شيء فقوله مقبول فيه ما لم يحضر خصم ينازعه في ذلك وليس هنا خصم ينازعهم فلا حاجة لهم إلى إقامة البينة لإثبات ملكهم فيها

وإذا كان الملك ثابتا لهم بقولهم إنما سألوا القاضي أن يقسم بينهم ملكهم فعليه أن يجيبهم إلى ذلك كما لو زعموا أن الدار مملوكة لهم ولم يذكروا ميراثا ولا غيره وسألوه أن يقسمها بينهم قسمهم القاضي بطلبهم وأشهدوا أنه قضى بذلك عليهم دون غيرهم نظرا منه لغائب عسى يحضر فيدعي لنفسه فيها حقا فكذلك هنا

والدليل عليه : أنه لو كانت في أيديهم عروض أو منقول سوى العقار فأقروا أنها ميراث بينهم وطلبوا قسمتها قسمها القاضي بإقرارهم وأشهد على أنه قسمها بإقرارهم لاعتبار يدهم فكذلك في العقار لأن اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول

وكذلك لو كان في أيديهم دار فأقروا أنها دارهم اشتروها من فلان الغائب وسألوا القاضي قسمتها أجابهم القاضي إلى ذلك بهذا الطريق فكذلك في الميراث إذ لا فرق بينهما لأنهم في الموضعين أقروا بأصل الملك لغيرهم ثم أخبروا بانتقال الملك إليهم بسبب محتمل مشروع فإذا جاز له أن يعتمد القسمة على قولهم فكذلك في الشراء وكذلك في

الميراث ولأبي حنيفة – رحمه الله – طريقان أحدهما : على قولهم في أن قضاء القاضي هنا يتناول الميت ويصير هو مقضيا عليه بقسمة القاضي وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد لهم من إقامة البينة ليثبت بها حجة القضاء على الميت وبيانه من وجهين :

(أحدهما) : أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل أن حقه يثبت في الزوائد التي تحدث حتى يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان فيه قضاء على الميت يقطع حقه

(والثاني) : أن القاضي يثبت له الولاية على الميت في تركته فيما يرجع إلى النظر وينفذ تصرفه إليه إذا كان فيه نظر للميت فبم يخبرون القاضي بثبوت ولايته على الميت ليلزم الميت قضاؤه فيما يرجع إلى النظر وذلك أمر وراء ما في أيديهم فلا يكون قولهم في ذلك حجة فيكلفهم إقامة البينة على ذلك وتقبل هذه البينة من غير خصم لأنها تقوم لإثبات ولاية النظر للقاضي في حق من هو عاجز عن النظر لنفسه وهذا بخلاف ما إذا اقتسموا بأنفسهم لأن فعلهم لا يلزم الميت شيئا وبخلاف العروض لأن معنى النظر للميت هناك في القسمة من وجهين :

(أحدهما) : أن العروض يخشى عليها النوى والتلف وفي القسمة تحصين وحفظا لها فأما العقار محصنة بنفسها لا يخشى عليها التلف ففي القسمة قضاء على الميت يقطع حقه عنها

(والثاني) : أن في العروض ما يأخذه كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض في حق غيرهم ففي جعل ذلك مضمونا عليهم معنى النظر للميت وذلك لا يوجد في العقار فإنها لا تصير مضمونة على من أثبت يده فيها عند أبي حنيفة – رحمه الله – وهذا بخلاف ما زعموا أنها مملوكة لهم لأن القضاء بالقسمة هناك لا يقتصر عليهم ولا يتعدى إلى غيرهم إذ لم يثبت فيها أصل الملك لغيرهم

فأما في الشراء فقد روي عن أبي حنيفة – رحمه الله – في غير الأصول أن القاضي لا يقسمها بينهم وسوى بين الشراء والميراث

ولكن على هذا الطريق نسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول قضاؤه بالقسمة في المشتري لا يتضمن قطع حق البائع لأن بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع لخلاف الميراث ولأنه لا يثبت للقاضي الولاية على الغائب بالتصرف في أمواله فهم ما أخبروا القاضي بثبوت ولايته على البائع الغائب بخلاف الميراث على ما قررنا

والطريق الآخر لأبي حنيفة أنه لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضي بموت المورث ويتعلق بموته أحكام غير مقصودة على ما في أيديهم من وقوع التفريق بينه وبين زوجته وعتق أمهات أولاده ومدبراته وحلول آجاله وقولهم ليس بحجة في شيء من ذلك فلا يشتغل القاضي بالقسمة حتى تقوم البينة عنده على الموت وأصل الميراث بخلاف العروض فالقسمة فيها للتحصين لا لتحصيل الملك

(ألا ترى) أن القسمة في العروض تجري بين المودعين للحفظ فلا يتضمن القضاء بموته فأما في العقار القسمة لتحصيل الملك ولا يكون ذلك إلا بعد القضاء بموته وعلى هذا الطريق يأخذ في مسألة الشراء برواية النوادر لأنه لا

يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضي بالبيع وزوال ملك البائع وقولهم ليس بحجة عليه ولئن سلمنا فنقول الحكم المتعلق بالبيع هناك مقصود على ما في أيديهم فيستقيم أن يجعل ذلك نائبا في حقهم بإقرارهم بخلاف الميراث

وإذا كان في الورثة صغير أو كبير غائب والدار في أيدي الكبار الحضور فكذلك الجواب عند أبي حنيفة – رحمه الله – لا يقسمها القاضي بينهم حتى تقوم البينة على أصول المواريث لأنها لما لم يقسم في الفصل الأول مع أن الورثة كلهم كبار حضور ففي هذا الفصل أولى أن لا يقسم لأن في قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم

وعلى قول أبي يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد أنه قسمها بإقرار الحضور الكبار وأن الغائب والصغير على حجتهما كما في الفصل الأول لأن الدار كلها في يد الكبار الحضور وليس في هذه القسمة قضاء على الصغير والغائب بإخراج شيء من يدهما بل فيها نظر لهما بظهور نصيبهما مما في يد الغير فإنه بالقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير وكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير وللقاضي هذه الولاية

وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها بإقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده وكذلك إن كان الكبير أودع ما كان في يده منها رجلا حين غاب لأن المودع أمين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضي أن يقضي على الغائب بحضور أمينه فلهذا لا يقسم حتى تقوم البينة

فإذا قامت البينة قبلها القاضي لأنها تقوم لإثبات ولاية القاضي في تركة الميت ولأن الورثة يخلفون الميت في الميراث فينتصبون خصما عنه وينصب بعضهم خصما عن بعض فقل ما تخلو تركة عن هذا فإن الورثة يكثرون وقل ما يحضرون فلو لم يقبل القاضي البينة ولم يقسمها لمكان غائب أو صغير أدى إلى الضرر والضرر مدفوع

وكذلك إذا حضر القاضي اثنان من الورثة والعقار في أيديهما وأقاما البينة على أصل الميراث فإن القاضي يقسمها بينهم ويوكل بنصيب الغائب والصغير من يحفظه لأنه يجعل أحد الحاضرين خصما عن الميت وعن الصغير والغائب والآخر خصما عن نفسه فيتمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدع ومدعى عليه

وإذا كان الحاضر واحدا لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لأنه ليس معه خصم فإن الحاضر لو كان خصما عن نفسه فليس هنا خصما عن الميت وعن الغائب

وإن كان هذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة عليه بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين من الورثة

والثاني : أن الحاضر إذا كان واحدا فهو غير متظلم في طلب القسمة ولا طالب للإنصاف إذ ليس معه من ينتفع بملكه حتى يقول للقاضي أقسمها بيننا لكيلا ينتفع بملكي غيري

فإذا حضر اثنان فكل واحد منهما يطلب القسمة ليسأل القاضي أن يمنع صاحبه من الانتفاع بنصيبه وذلك مستقيم وإن كان فيهم خصم صغير جعل له القاضي وصيا لأن للقاضي ولاية النظر للصبي في نصيب الوصي ووصي الصغير قائم مقام الصغير فكأنه بالغ حاضر فتقبل البينة حينئذ ويأمر بالقسمة باعتبار أنه يجعل أحدهما مدعيا والآخر مدعى عليه وأحدهما خصما عن نفسه والآخر عن الميت والغائب

وإن كان العقار شراء بينهم ومنهم غائب لم أقسمها بينهم وإن أقاموا البينة على الشراء حتى يحضر الغائب لأن في الميراث إنما قسمها عند حضور جماعة منهم لتعذر اشتراط حضورهم عند القسمة بطريق العادة وهذا لا يوجد في الشراء فقد كانوا حاضرين عند الشراء فتيسر اشتراط حضورهم عند القسمة أيضا ولأن الحاضر من المسيرين لا ينتصب خصما عن الغائب لأن النائب بالشراء لكل واحد منهم ملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولا يجوز القضاء على الغائب بالبينة إذا لم يكن عنه خصم حاضر

فأما في الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث وإنما ينسب إليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة ولهذا يثبت لهم حق الرد بالعيب على بائع المورث ويصح إقالتهم معه فيستقيم أن يجعل بعضهم خصما عن البعض في ذلك لاتحاد السبب في حقهم وهو الخلافة عن الميت

وإذا كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب وبعضهم شاهد فأراد الموصى له بالثلث القسمة وأقام البينة على المواريث والوصية فإن الدار تقسم على ذلك لأن من حضر من الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة فتقبل بينة الموصى له بذلك عليهم وإذا قبلت بينته قسمت الدار بينهم على ذلك

ولو أن بيتا في دار بين رجلين أراد أحدهما قسمته وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع واحد منهما بنصيبه إذا قسم لم يقسمه القاضي بينهما لأن الطالب للقسمة بينهما متعنت فإن قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب منهما إنما يقصد التعنت والإضرار بشريكه فلا يجيبه القاضي إلى ذلك وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين لأن في قسمته ضررا والمقصود بالقسمة اتصال منفعة الملك إلى كل واحد من الشركاء وفي الحائط والحمام تفوت المنفعة بالقسمة لأن كل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع قبل القسمة فلا يقسمه القاضي بينهم لأنه لا يشتغل لما لا يفيد ولا بما فيه إضرار

ولو اقتسموا بينهم **بالتراضي** لم يمنعهم من ذلك لأنهم لو أقدموا على إتلاف الملك لم يمنعهم من ذلك في الحكم فكذلك إذا تراضوا القسمة فيما بينهم

فإن كانت دار بين رجلين ولأحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وإن أبى ذلك صاحب القليل عندنا

(وقال) ابن أبي ليلى - رحمه الله - لا يقسمها وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بانصبائهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بينهم وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - لا يقسمها عند إباء بعضهم إلا إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة لأن المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة لا تفويتها والمعتبر في القسمة المعادلة بين الشركاء في المنفعة فإذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فهذه قسمة تقع على ضرر والقاضي لا يجبر الشركاء على مثله كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة

ولنا أن الطالب للقسمة يطلب الإنصاف من القاضي ولا يتعنت لأنه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب للأصناف فعلى القاضي أن يجيبه إلى ذلك بخلاف ما إذا كان الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه لأنه متعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالرد يوضحه أن بعد القسمة وإن تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الأكبر وذلك لا يعتبر في حق صاحب الكبير فيصير هذا في حقه وما إذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد القسمة سواء

والحاكم في المختصر (قال) : (إذا كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمتها أيهما طلب القسمة) وهذا غير صحيح والصحيح أنه إنما يقسم إذا طلب ذلك صاحب الكبير خاصة

ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم – رحمه الله – وقال صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكبير منتفع بالقسمة فيقسمه القاضي بينهم لهذا

ولكن الأول أصح لأن رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وإنما الملزم طلبه الإنصاف من القاضي واتصاله إلى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل

ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة من القاضي لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك إذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة والرجال والنساء والحر والمملوك

وأهل الإسلام وأهل الذمة في القسمة سواء لأنها من حقوق الملك والمقصود التوصل بها إلى منفعة الملك وهم في ذلك سواء

وإذا اقتسم الرجلان دارا ورفعا بينهما طريقا فهو جائز لأنهما قسما بعض المشترك وبقيا شركتهما في البعض وهو موضع الطريق فيجوز ذلك اعتبارا للبعض بالكل ولأن المقصود بالقسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه وإنما يتم ذلك إذا رفعا طريقا بينهما وما يرجع إلى تتميم المقصود بالقسمة لا يكون مانعا صحتها

وإن كان نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر ينبغي أن يبين ذلك في كتاب القسمة ويذكر كيف الطريق بينهما لأنه بقي في موضع الطريق ما كان لهما من الشركة في جميع الدار وقد كانت شركتهما فيها على التفاوت فإنما يحصل التوثق أن يبين ذلك في كتاب القسمة لأنهما إذا لم يبينا ذلك فربما يدعي صاحب الأقل المساواة بينهما في رقبة الطريق

ويحتج على ذلك بأنه مساو في استعماله بالتطرق فيه وإنما يكتب الكتاب بينهما للتوثق فينبغي أن يكتب على وجه يحصل به معنى التوثق لهما

وإذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك فأراد أن يمر في الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما أن له ما أصابه بكل حق له أو لم يشترط ذلك والقسمة في هذا بخلاف البيع فإنه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق ومسيل الماء

وإن لم يذكر الحقوق والفرق أن المقصود بالبيع إيجاب الملك وقصد المشتري أن يتمكن من الانتفاع وذلك إنما يتم بالطريق والمسيل لا أن ذلك خارج من المحدود فلا يدخل في البيع بمطلق التسمية للبيت إلا بذكر الحقوق والمرافق فالمقصود بالقسمة تمييز أحد الملكين من الآخر وأن يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الآخر فيه وإنما يتم هذا المقصود إذا لم يدخل الطريق والمسيل لتمييز نصيب أحدهما عن الآخر من كل وجه فلهذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق

توضيح الفرق : أن المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل في البيع فعند ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنهما قصدا ذلك فأما في القسمة المقصود التمييز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين أنهما لم يقصدا التمييز في أن لا يبقى لأحدهما في نصيب الآخر طريق ميسل ماء

ولو لم يكن له مفتتح للطريق ولا مسيل ماء فإنه ذكر في كتاب القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائة على طريق سطحه كما كان قبل القسمة

وإن لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فإنه يكون صحيحا وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لأن المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشتري

وإن كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشترى مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فإنه يجوز وإن كان لا ينتفع بالمشتري وهذا لأنه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل بالنظر له فأما في القسمة المقصودة اتصال كل واحد منهما إلى الانتفاع بنصيبه فإذا لم يكن له مفتتحا إلى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على ضرر يجوز إلا أن يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك على أنهما قصد إدخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلمها أن القسمة لا تصح بدونهما في هذا الموضع بخلاف ما سبق

توضيحه : أن المعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة وإذا لم يكن له طريقا ولا مسيل ماء لا يحصل معنى المعادلة في المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر مهرا صغيرا أو أرضا سبخة للزراعة لم يجز لفوات ما هو المقصود وهو المنفعة فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل

وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما إذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق

وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الإجارة ولكن يتوصل به إلى الانتفاع بالمستأجر والأجير إنما يستوجب الأجرة إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما وأما هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لأحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز إلحاق الضرر به بدون رضاه وإنما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكره الحقوق والمرافق

ولو رفعا طريقا بينهما وكان على الطريق ظلة وكان طريق أحدهما على تلك الظلة وهو يستطيع أن يتخذ طريقا آخر فأراد صاحبه أن يمنعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لأن أصل الطريق مشترك بينهما وكما أن أسفله

ممر لهما فكذلك أعلاه فهو لا يريد بهذا أن يحدث لنفسه حقا في نصيب شريكه وإنما يريد أن يستوفي حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ما تقدم فهناك إنما يريد اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك خص به صاحبه وليس له ذلك

وكان أبو حنيفة – رحمه الله – يقول في العلو الذي لا سفل له وفي السفل الذي لا علو له يحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو

وقال أبو يوسف – رحمه الله – يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ثم ينظر كم جملة ذرع كل واحد منهما فيطرح من ذلك النصف

وقال محمد – رحمه الله – يقسم ذلك على القيمة قيمة العلو أو قيمة السفل

وقيل : إن أبا حنيفة – رحمه الله – أجاب بناء على شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف – رحمه الله – أجاب بناء على ما شاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد شاهد اختلاف العاد ." (١)

" قال – رحمه الله – (أحدهما وإذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز) لأن في حصة الدراهم المشروطة العقد بيع وقد تراضيا عليه وجواز البيع يعتمد المراضات وقد بينا أن الشريكين عند القسمة يحتاجان إلى ذلك عادة إلا أن القاضي لا يفعله إلا عند الضرورة فأما إذا تراضيا على القسمة فذلك مستقيم منهما ثم كل ما يصلح أن يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز اشتراطه في هذه القسمة عند تراضيهما عليه فالنقود حالة كانت و مؤجلة والمكيل والموزون معينا أو موصوفا مؤجلا أو حالا يجوز استحقاقه عوضا في البيع فكذلك في القسمة

فإن كان لشيء من ذلك حمل ومؤنة فلا بد من بيان مكان الإيفاء فيه عند أبي حنيفة – رحمه الله – كما في السلم والإجارة

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – إن بينا للتسليم مكانا جاز ذلك وإن لم يبينا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار وكان ينبغي في القياس أن يتعين موضع العقد كما في السلم عندهما

ولكنهما استحسنا فقالا : تمام القسمة يكون عند الدار وإنما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم كما في الإجارة عندهما يتعين موضع الدار لا موضع العقد لأن وجوب الآخر باستيفاء المنفعة وذلك عند الدار يكون

وإن كانت الزيادة شيئا من الحيوان بعينه فهو جائز وإن كان بغير عينه لم يجز موصوفا كان أو غير موصوف مؤجلا كان أو حالا لأن الحيوان لا يستحق في الذمة عوضا عما هو مال وإن كان بعينه وشرط أن لا يسلمه إلى شهر فهو فاسد لأنه شرط الأجل في العين وذلك مفسد للبيع لكونه غير منتفع به بل فيه ضرر على المتملك للعين بالعقد من غير منفعة للآخر فيه فكذلك في القسمة

---

(١) المبسوط، ٢٩٩/٦

ولو كانت الزيادة ثيابا موصوفة إلى أجل معلوم فهو جائز وإن لم يضرب له أجلا لم يجز كما في البيع وهذا لأن الثياب تثبت في الذمة سلما ولا تثبت في الذمة قرضا والسلم لا يكون إلا مؤجلا والقرض لا يكون إلا حالا فعرفنا بذلك أنها تثبت في الذمة مؤجلا ثبوتا صحيحا ولا تثبت حالا

وإذا كان ميراث بين رجلين في دار وميراث في دار أخرى فاصطلحا على أن لأحدهما ما في هذه الدار وللآخر ما في تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماة

فإن كانا سميا سهاما كم هي سهم من كل دار جاز لأن ما يستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وإن لم يسميا ذلك لم يجز لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما وهذه جهالة تفضي إلى تمكن المنازعة بينهما في الثاني

وإن سميا مكان السهام أذرعا مسماة مكسرة جاز في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله

ولم يجز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأصل الخلاف فيما ذكرنا في البيوع إذا باع ذراعا في عشرة أذرع من هذه الدار فالقسمة نظير البيع في ذلك

(داران بين ثلاثة نفر اقتسموها على أن يأخذ أحدهما إحدى الدارين والثاني الدار الأخرى على أن يرد الذي أخذ الدار الكبرى على الذي لم يأخذ شيئا دراهم مسماة فهو جائز) لأنه اشترى نصيب الشريك الثالث بما أعطاه من الدراهم ولو اشترى نصيب الشريكين جميعا بالدراهم جاز فكذا إذا اشترى نصيب أحدهما ثم قاسم الشريك الآخر على قدر ملكها في الدارين وذلك مستقيم أيضا فقد بينا أن الدور تقسم قسمة واحدة **بالتراضي** وكذلك إن أخذ الدار الكبرى اثنان منهم وأخذ الثالث الدار الصغرى

وإذا كانت دارا واحدة بينهم وأخذها اثنان منهم كل واحد منهما طائفة معلومة على أن يرد على الثالث دراهم معلومة فهو جائز لأنهما اشتريا نصيبه بما نفذا له من الدراهم

وكذلك إن اشترطوا على أحدهما ثلثي الدراهم لفضل في منزله فذلك جائز لأنه يكون مشتريا ثلثي نصيب الثالث وصاحبه الثلث

وكذلك (دار بين شريكين اقتسماها نصفين على أن يرد أحدهما على الآخر عبدا بعينه على أن زاده الآخر مائة درهم فهو جائز) لأن بعض العبد عوض عن المائة الدراهم وبعضه عوض عما أخذ مالك العبد من نصيب صاحبه بالقسمة من الدار وذلك مستقيم

وكذلك لو اقتسماها على أن يأخذ أحدهما البناء وأخذ آخر الخراب على أن يرد صاحب البناء على الآخر دراهم مسماة فذلك جائز لأن بعض ما أخذ من البناء عوض مستحق له بالقسمة وبعضه مبيع له بما نقد من الدارهم وكذلك لو أخذ أحدهما السفل والآخر العلو واشترط أحدهما على صاحبه دراهم مسماة لأن السفل مع العلو كالبيتين المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فكذلك يجوز اشتراط فضل الدراهم على أحدهما في قسمة العلو والسفل شرط ذلك على صاحب العلو أو على صاحب السفل والله أعلم ." (١)

---

(١) المبسوط، ٦/٣٠١

" قال – رحمه الله – (وإذا كانت الغنم بين قوم ميراثا أو شراء فأراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة على الأصل فإن القاضي يقسمها بينهم) لأن اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التمييز في هذه القسمة على معنى المعاوضة وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية إجبار بعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان أو غيره من الثياب أو ما يكال أو يوزن فعند اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء إلا في الرقيق

فإن أبا حنيفة – رحمه الله – يقول : لا يقسم الرقيق بينهم إذا كره ذلك بعضهم

وقال أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله – يقسم ذلك بينهم بطلب بعضهم لأن الرقيق جنس واحدا إذا كانوا ذكورا أو إناثا ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكن لتقارب المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في سائر الحيوانات

(ألا ترى) أن الرقيق كسائر الحيوانات في سائر العقود من حيث أنها تثبت في الذمة مهرا ولا تثبت سلما فكذلك في القسمة يجعل الرقيق كسائر الحيوانات والدليل عليه أن الرقيق يقسم في الغنيمة كسائر الأموال فكذلك في القسمة بين الشركاء

وأبو حنيفة – رحمه الله – يقول : التفاوت في الرقيق أظهر منه في الأجناس المختلفة فإن الأجناس المختلفة قد تتفاوت في المالية والرقيق يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم قسمة الجبر لا تجري في الأجناس المختلفة فكذلك في الرقيق وهذا لأن المعتبر المعادلة في المالية والمنفعة وذلك يتفاوت في الآدمي باعتبار معاني باطلة لا يوقف عليها حقيقة كالدهن والكتابة وقد يرى الإنسان من نفسه ما ليس فيه حقيقة أو أكثر مما هو فيه فيتعذر اعتبار المعادلة في المالية وبترجح معنى المعاوضة في هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز إلا **بالتراضي**

والدليل على الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات : أن الذكور والإناث في سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما جنسان حتى إذا اشترى شخصا على أنه عبد فإذا هي جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات وما كان ذلك إلا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنيمة فإنها تجري في الأجناس المختلفة وكان المعنى فيه أن حق الغانمين في معنى المالية دون العين حتى كان للإمام بيع المغانم وقسمة الثمن فإنما يعتبر اتصال مقدار من المالية إلى كل واحد منهم فأما في الشركة الملك حق الشركاء في العين والمالية فللإمام حق التمييز بالقسمة على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فإذا كان يتعذر اعتبار المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الإجبار على القسمة إلا أن يكون مع الرقيق شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع فحينئذ يقسم ذلك كله

وكان أبو بكر الرازي – رحمه الله – يقول : تأويل هذه المسألة أنه يقسم ذلك برضاء الشركاء فأما مع كراهة بعضهم القاضي لا يقسم لأنه إذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لا يقسم قسمة الجبر عند أبي حنيفة – رحمه الله – فعند اختلاف الجنس أولى

والأظهر أن قسمة الجبر هنا تجري عند أبي حنيفة – رحمه الله – باعتبار أن الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل أصلا في القسمة وحكم القسمة جبرا يثبت فيه فيثبت في الرقيق أيضا تبعا وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعا وإن كان لا يجوز إثباته فيه مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقت وكأنه استحسن ذلك لأنه قل ما تخلو تركة يحتاج فيها إلى قسمة القاضي عن الرقيق

وإذا كان مع الرقيق شيء آخر فباعتبار المعادلة في المالية يتيسر بخلاف ما إذا كان الكل رقيقا فعند مقابلة الرقيق بالرقيق يعظم الغبن والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال آخر يقل التفاوت

وإن كان الذي بين الشركاء ثوب زطي وثوب هروي وبساط ووسادة لم يقسمه إلا برضاهم لأن في الأجناس المختلفة القسمة تكون بطريق المعاوضة فإن كل واحد من الشريكين يتملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفي المعاوضات لا بد من **التراضي** فإن كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقتسموها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفا جاز ذلك لوجود **التراضي** منهم على إنشاء المعاوضة

وإن رفعوا إلى القاضي قسم كل صنف بينهم على حدة ولا يضيف بعضها إلى بعض لأن للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وإنما يغلب معنى التمييز إذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولأن القاضي يعتبر المعادلة في كل ما يتهيأ له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب إلى المعادلة فأما اتفاقهم على القسمة يعتمد **التراضي** دون المعادلة

وإذا تمت بتراضيهم بعد ذلك كيف وقعت القسمة وإذا كانت الغنم بين رجلين فقسماها نصفين ثم أقرعا فأصاب هذا طائفة وهذا طائفة ثم ندم أحدهما وأراد الرجوع فليس له ذلك لأن القسمة قد تمت بخروج السهام

وكذلك لو رضيا برجل قسمها ولم يألوا أن يعدل في ذلك ثم أقرع بينهما فهو جائز عليهما لأن فعله بتراضيهما كفعلهما وإن تساهموا عليها قبل أن يقسموها فأيهم خرج سهمه عدوا له الأول فالأول فهذا يجوز لأنه مجهول لا يعرف ما يصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجهالة التي تفضي إلى المنازعة تفسدها كما تفسد البيع

وإن كان في الميراث إبل وبقر وغنم فجعلوا الإبل قسما والغنم قسما والبقر قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الإبل رد كذا درهما على صاحبيه نصفين فهو جائز لأن القسمة لا تتم بينهم إلا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الأول فهناك عند خروج القرعة ما يأخذه كل واحد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فإن ندم أحدهم بعد ما وقعت السهام لم يستطع نقض ذلك لأن القسمة تمت **بالتراضي**

فإن رجع عن ذلك قبل أن يقع السهام فله ذلك لأن القسمة لم تتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضات فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما في البيع يصح الرجوع بعد الإيجاب قبل القبول

وكذلك إن وقع سهم وبقي سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وإن وقعت السهام كلها إلا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن يرجع بعد ذلك لأن القسمة قد تمت فبخروج سائر السهام يتعين ما يصيب السهم الباقي خرج أو لم يخرج

وإن كان الثوب بين رجلين فأراد أحدهما قسمته لم يقسم لأن في قسمته ضررا فإنه يحتاج إلى قطع الثوب بينهما وفي قطعه إتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء

فإن رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر

وقد قال بعض مشايخنا : القاضي لا يفعل ذلك وإن تراضيا عليه ولكن إن اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لأن في هذه القسمة إتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحمام وغيره فإن اقتسماه فشقاه طولا أو عوضا بتراض منهما فهو جائز وليس لواحد منهما أن يرجع بعد تمام القسمة

وإن كانت الثياب بين قوم إن اقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فإن القاضي لا يقسمها بينهم لأنها تحتاج إلى القطع وفيه إتلاف جزء

وإن تراضوا بينهم على شيء جاز ذلك

ولو كانت ثلاثة أثواب بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فإني أنظر في ذلك إن كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بأن تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فإن القاضي يقسمها بينهما فيعطي أحدهما ثوبين والآخر ثوبا

وإن كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم إلا أن تراضوا فيما بينهم على شيء هكذا

قال في الكتاب والأصح : أن يقال إن استوت القيمة وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فإنه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك إن استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وثلثي الآخر والقسم الآخر ثوبا وثلث الآخر أو أحد القسمين ثوبا وربعا والآخر ثوبا وثلاثة أرباع فإنه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا لأنه تيسير عليه التمييز في بعض المشترك

ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك إذا تيسر ذلك في البعض والله أعلم بالصواب ." (١)

" قال – رحمه الله – (وإذا اقتسما الشريكان عقارا أو حيوانا أو متاعا ولم ير أحدهما قسمه الذي وقع له ثم رآه فهو بالخيار إن شاء رد القسمة وإن شاء أمضاها) واعلم بأن هذه المسائل في قسمة يتفقان عليها دون ما يفعله القاضي فله ولاية إجبار الشركاء عند طلب بعضهم فلا معنى لإثبات خيار الرؤية فأما فيما لا يتفقان عليه فالقسمة تعتمد **التراضي** كالبيع فكما أن في البيع الرضا لا يتم إلا برؤية العين الذي يدخل في ملكه فكذلك في القسمة والمكيل والموزون والذهب التبر وأوان الذهب والفضة والجواهر في ذلك كله سواء

وإذا كانت ألفا درهم بين رجلين كل ألف في كيس فاقتسما على أن أخذ أحدهما كيسا والآخر أخذ الكيس الآخر وقد رأى أحدهما المال كله ولم يره الآخر فالقسمة جائزة على الذي رآه وعلى الذي لم يره ولا خيار لواحد منهما في ذلك على قياس البيع فإن عدم الرؤية في الثمن لا يثبت الخيار للبائع فكذلك في القسمة والمعنى أن الدراهم والدنانير أثمان محضة ولا مقصود في عينها إنما المقصود الثمنية وبمعرفة المقدار يصير المقصود معلوما على وجه لا يتفاوت

---

(١) المبسوط، ٣٠٣/٦

ضم الرضا به قبل الرؤية بخلاف سائر الأعيان إلا أن يكون قسم الذي لم ير المال شرهما فيكون له الخيار لأنه إنما رضي يقسمه على أن يكون في الصفة مثل ما أخذه صاحبه

فإذا كان دون ذلك لم يتم رضاه فيخير في ذلك كما لو رأى عند الشراء جزءا من المكيل أو الموزون ثم كان ما بقي شرا مما رأى فإنه يثبت له الخيار

فإذا اقتسم الرجلان دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذي أصابه ولم يرجو فيه فلا خيار لهما إلا على قول زفر – رحمه الله

وقد بينا المسألة في البيوع أن برؤية الظاهر من حيطان الدار المشتراة يسقط خيار الرؤية عندنا ولا يسقط عند زفر – رحمه الله – ما لم يدخلها فكذلك القسمة

وكذلك إن اقتسما بستانا وكرما فأصاب أحدهما البستان والآخر الكرم ولم ير واحد منهما الذي أصابه ولا رأى جوفه ولا نخله ولا شجرة ولكنه رأى الحائط من ظاهره فلا خيار لواحد منهما ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن وبه يتبين أن قول من يقول جوابه في الدار بناء على دور الكوفة فإنها لا تتفاوت إلا في السعة والضيق ضعيف جدا ففي البستان المقصود يتفاوت بتفاوت الأشجار والنخيل ولم يشترط رؤية شيء من ذلك عرفنا أن المعنى فيه أن ما يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع في إسقاط خيار الرؤية

وكذلك في الثياب المطوية يجعل رؤية جزء من ظاهر كل ثوب كرؤية الجميع في إسقاط الخيار واشتراط الخيار في القسمة جائز فهو في البيع لأنها في اعتبار تمام الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار بعدم تمام الرضا فإنما يشترط الفسخ أو لئلا يثبت صفة اللزوم مع بقاء الخيار في جانب من شرط الخيار لنفسه

فإن مضت الثلاثة ثم ادعى أحدهما الرد بالخيار في الثلاثة وادعى الآخر الإجازة فالقول قول مدعي الإجازة لأن مضي المدة قبل ظهور الفسخ متمم للعقد فمن يدعي الإجازة يتمسك بما يشهد له الظاهر به

وإن أقاما البينة فالبينة بينة من يدعي الرد لأن بينته تثبت الفسخ وهو المحتاج إلى الإثبات دون صاحبه وسكنى الدار التي وقعت في سهم صاحب الخيار رضا منه بها وإبطال للخيار وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسألة في البيوع وأن مراده حيث يقول ذلك رضا منه إذا تحول إليها وسكنها بعد القسمة وحيث يقول لا يكون رضا إذا كان ساكنا فيها فاستدام السكنى

وكذلك إن بنى أو هدم فيها شيئا لو جصصها أو طين فيها حائطا أو ذرع الأرض أو سقاها أو قطف الثمرة أو غرس الشجر أو لقح النخل أو كسح الكرم فهو كله رضا لأنه تصرف لا يفعل عادة إلا في الملك ومباشرته دليل الرضا بملكه في ذلك المحل ودليل الرضا كصريح الرضا في سقوط الخيار به ويجوز قسمة الأب على الصغير والمعتوه في كل شيء ما لم يكن عليهما فيه غبن فاحش لأن له ولاية البيع عليهما ما لم يكن فيه غبن فاحش ويجعل رضاه في ذلك كرضاهما أن لو كانا من أهل الرضا فكذلك في القسمة وكذلك وصي الأب في ذلك قائم مقام الأب بعد موته فكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن وصيا ويجوز قسمة وصي الأم إذا لم يكن أحد من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الأم لأنه

قائم مقام الأم في ذلك وتصرفها في ملك ولدها الصغير بالبيع صحيح فيما سوى العقار فكذلك تصرف وصيها بعدها وهذا لأن لها ولاية الحفظ والبيع والقسمة فيما سوى العقار فيه معنى الحفظ ولا يوجد ذلك في العقار

وكذلك وصي الأخ والعم وابن العم في ميراثه منهم ولا يجوز فيه قسمته في ميراثه من غيرهم لأن الوصي قائم مقام الموصي فيثبت له ولاية الحفظ عليه فيما ورث منه ولأن في حفظ ذلك منفعة للموصي فإنه إذا ظهر عليه دين يباع ذلك في دينه وليس له ولاية الحفظ فيما ورث من غيره كما لم يكن للموصي فيه ولاية وهذا ليس في حفظه معنى النظر للموصي إنما فيه معنى النظر لليتيم ولا ولاية لوصي العم وابن العم على اليتيم وهذا بخلاف وصي الأب فقد كان للأب ولاية على الصغير في جميع ذلك ووصيه بعده يقوم مقامه

وإذا كان له أب أو وصي أو جد لم تجز قسمة وصي هؤلاء فيما سوى العقار في تركتهم عليه لأن الأب قام مقامه أن لو كان حاضرا بالغا وعند ذلك لا يكون لوصي هؤلاء عليه ولاية القسمة في شيء من ذلك فكذلك إذا كان له أب يقوم مقامه وهذا لأن نظر الأب له يكون عن شفقة وافرة وولاية كاملة كنظره لنفسه ولا حاجة مع وجوده إلى اعتبار نظر وصي العم له بخلاف حال عدم الأب والوصي ويجوز قسمة وصي الأب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لأنه قام مقام الأب فيما يرجع إلى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار ترجع إلى حفظ التركة

ولا تجوز قسمة الأم والعم والأخ والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب وإن لم يكن لأحد منهم أب ولا وصي أب لأنه لا ولاية لأحد من هؤلاء على الصغير فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة والبيع عليه وقد بينا أنه إنما ينفذ عليه من قسمة هؤلاء فيما يرجع إلى الحفظ من تركة الموصي خاصة دون غيره

فأما في سائر أموال الصغير هم ووصيهم كالأجانب ولا يجوز قسمة الكافر والمملوك والمكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لأنه لا ولاية له عليه فالكفر والرق يخرجه من الأهلية للولاية على المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وإن كان يعوله لأنه لا ولاية له عليه في التصرف في ماله بيعا وشراء فالقسمة مثله والوصي الذي يقيمه القاضي في أمر اليتيم بمنزلة وصي الأب إذا جعله وصيا في كل شيء لأن له ولاية كاملة على الصغير نعم المال والنفس جميعا كولاية الأب فوصيه أيضا كوصي الأب

وإن جعله وصيا في النفقة خاصة أو في حفظ شيء عنده لم تجز قسمته لأن نصيب القاضي إياه وصيا قضاء منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا بخلاف ما إذا جعله الأب وصيا في شيء خاص لأن إيصاء الأب إليه إثبات الولاية بعد موته والولاية لا تحتمل التجزي

والمعنى في الفرق أن قسم القاضي يتصرف مع بقاء رأي القاضي فلا حاجة إلى إثبات ولايته من غير ما أمر القاضي به لتمكن القاضي من النظر في ذلك بنفسه له فيكون من هذا الوجه نصيب القيم بمنزلة الوكيل فأما وصي الأب إنما يتصرف بعد موت الأب وزوال تمكنه من النظر لنفسه فالحاجة تمس إلى تعميم ولايته فيما يحتاج الصبي إلى من ينظر فيه له ومن وجد من الشركاء بنصيبه عيبا بعد تمام القسمة كان له أن يرده بالعيب وينقض القسمة إن كان شيئا واحدا أو كان مكيلا أو موزونا كما ينقض البيع بالرد بالعيب

وسواء كانت القسمة باصطلاحهما أو بحكم الحاكم إنما يميز نصيب كل واحد منهما فيما أعطاه على أنه سليم من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة **بالتراضي** أو بقضاء القاضي فبوجود العيب يفوت ما كان مستحقا له فيتخير لذلك

(قال وإن كان الذي أصابه عدد من الغنم أو الثياب رد الذي به العيب خاصة بعد القبض كما هو في البيع فإنه لو اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد بأحديهما عيبا رد المعيب خاصة فهذا مثله ويكون المردود بينه وبين أصحابه لانتقاض القسمة فيه بالرد ويرجع في جميع ما أصابهم بقدر ذلك) لأن عند الرد بالعيب يكون رجوعه بعوض المردود والعوض حصته هنا مما أصابهم فيرجع عليهم بقدر ذلك كما يرجع في البيع بالثمن إذا رد المبيع بالعيب

وإن أصابه دار أو خادم فسكن الدار بعد ما رأى العيب أو استخدم الجارية لم يكن هذا رضا بالعيب استحسانا

وفي القياس هو رضا لأنه تصرف لا يفعله الإنسان إلا في ملكه عادة فإقدامه عليه دليل الرضا بتقرير ملكه وهو كالعرض على البيع أو زراعة الأرض أو طحن الطعام أو قطع الثوب بعد العلم بالعيب

ولكنه استحسن فقال : الاستخدام والسكنى قد يفعله الإنسان في ملك الغير عادة بإذن المالك وبغير إذن المالك فلا يكون ذلك دليل الرضا ولأنه يفعل ذلك على سبيل الاختيار لينظر أن هذا العيب هل يمكن نقصانا في مقصوده أو لا فلا يجعل ذلك دليل الرضا منه وقيل جوابه هنا في السكنى بناء على إحدى الروايتين في السكنى مدة خيار الشرط إذ لا فرق بين الفصلين ومنهم من فرق فقال حقه هنا في المطالبة بالجزء الفائت وفي إسقاط حقه إضرار به ومجرد السكنى منه لا يكون رضا بالتزام الضرر فأما في خيار الشرط حقه في الفسخ فقط وفي جعل السكنى بمنزلة الرضا إسقاط لحقه في الفسخ ولكن ليس في ذلك كثير ضرر

(ألا ترى) أنه إذا تعذر رده بخيار الشرط لا يرجع بشيء وإن تعذر رده بالعيب رجع بحصته من الثمن إذا ركب الدابة أو لبس الثوب أو سقى الزرع فهذا رضاء بالعيب لأنه تصرف لا يفعله الإنسان إلا في ملكه عادة وإن لبس الثوب لينظر إلى قده أو قال قدره فهذا رضاء بالعيب وليس برضا في الخيار لأنه إنما يشترط الخيار لهذا حتى ينظر أنه صالح له أم لا ولا يعرف ذلك إلا باللبس فلهذا لا يجعل ذلك دليل الرضا منه بسقوط الخيار وفي العيب ثبوت الخيار له لفوات صفة السلامة وتمكن النقصان في المالية ولا تأثير للبس في معرفة ذلك فكأن لبسه الثوب بعد العلم بالعيب دليل الرضا بملكه

وإذا باع ما أصابه بالقسمة من الدار ولا يعلم بالعيب فرد المشتري عليه بذلك العيب فإن قبله بغير قضاء القاضي فليس له أن ينقض القسمة لأن هذا بمنزلة الإقالة والإقالة في حق شريكه كالشراء المبتدأ

وإن قبله بقضاء قاض فله أن ينقض القسمة والبينة في ذلك وإباء اليمين سواء لأنه فسخ لبيعه من الأصل فعاد من الحكم ما كان قبله

وإن كان المشتري هدم من الدار شيئا قبل أن يعلم بالعيب لم يكن له أن يردها ولكن يرجع على البائع بنقصان العيب ولا يرجع البائع على شريكه بشيء لأنه تعذر الرد عليه باعتبار إخراجه نصيبه من ملكه

وفي نظيره في البيع اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه – رحمهم الله – موضع بيانه كتاب الصلح فينبغي أن يكون الجواب في القسمة كذلك

وإن كان الشريك هو الذي هدم شيئا منه ولم يبعه ثم وجد به عيبا رجع بنقصان العيب في أنصباء شركائه إلا أن يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوما لأنه تعذر الرد لدفع الضرر عنهم فإذا رضوا بذلك رد عليهم

وإذا أبوا أن يرضوا به فكما يجب النظر لهم يجب النظر لمن وقع في سهمه فلهذا يثبت له حق الرجوع بنقصان العيب على شركائه في أنصبائهم والله أعلم ." (١)

" قال – رحمه الله – (ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة فإذا أدى إلى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذي كان قبل القسمة لم يجبر القاضي عليه) فإن رضوا به جميعا قسمه لوجود **التراضي** منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا – رحمهم الله – من يقول هذا في الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة أخرى بأن يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم فأما في الحائط إن رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم من غير هدم فكذلك الجواب

وإن رضوا بالهدم وقسمة الأسهم لم يباشر القاضي ذلك لما فيه من إتلاف الملك ولكن إن فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضي بينهم إذا كره ذلك بعضهم ولأن نصيب كل واحد منهم بعد القسمة ما ينتفع به إلا أن تتفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بعد القسمة وهو الطالب للقسمة فحينئذ يقسمه القاضي لأنه متظلم يطلب من القاضي أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه

ولو كان بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنيا بإذنه ثم أراد قسمة البناء وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك **بالتراضي**

وإن امتنع أحدهما لم يجبر عليه لأن كل واحد منهما بعد القسمة لا يتمكن من إبقاء نصيبه من البناء والانتفاع به فالأرض لغيرهما بطريق العارية أو الإجارة في أيديهما وكل جزء منه كذلك بينهما ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له أو مستأجر فكان لكل واحد منهما أن يكلف صاحبه رفع البناء لو صحت القسمة وفيه ضرر عليهما فلا يفعل القاضي ذلك إذا أتى أحدهما

وإن كان أراد هدم البناء ففي هذه القسمة إتلاف الملك وقد بينا أن القاضي لا يفعل ذلك ولكن إن أرادا فعله لم يمنعهما عن ذلك وإن أخرجهما صاحب الأرض هدماه لأن صاحب الأرض له عارية في أيديهما وللمعير في العارية حق الاسترداد متى شاء فيكلفهما هدم البناء ثم النقض يحتمل القسمة بينهما فيفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء

وإذا كان طريق بين قوم إن اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فأراد بعضهم قسمته لم أقسمه لما في القسمة من الضرر على بعض الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوي إن كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لأنه كان لكل واحد منهما حق التطرق إلى ملكه في هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل من ذلك مستو بصاحب الكثير وفي

---

(١) المبسوط، ٣٠٥/٦

القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع بعين البيت وصاحب الكثير فيه غير مستو بصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه لا لأجل القسمة فلهذا قسم القاضي هناك بطلب صاحب الكثير وهنا لا يقسم إذا كان في قسمته ضرر على بعضهم دون بعض في صغر أو أنه لا يجد طريقا إلا أن يتراضوا جميعا وإن كان يكون لكل واحد منهم طريق نافذ قسمته إذا طلب ذلك أحدهم لأنه ليس في القسمة تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع في ملكه ورقبة الطريق مشتركة بينهم بمنزلة الأرض فتقسيمها بطلب بعضهم

وإن كان طريق بين رجلين إن اقتسماه لم يكن لواحد منهما فيه ممر وكل واحد منهما يقدر أن يفتح في منزله بابا ويجعل طريقه من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر قسمته بينهما لأنه لا ضرر على واحد منهما في القسمة فكل واحد منهما يتمكن من التطرق إلى ملكه من جانب آخر ولا فرق في حقه بين التطرق من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر

وإذا كان مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فإن كان فيه موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا قسمته

وإن لم يكن له موضع إلا بضرر لم أقسمه وهذا والطريق سواء فالمقصود هنا الانتفاع بتسييل الماء وهناك بالتطرق ولا فرق في حق كل واحد منهما بين أن يسييل ماؤه من هذا الجانب أو من جانب آخر إذا كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وإنما شرط هذه الزيادة لأن التصويب قد يكون من جانب ولا يمكن جعل ذلك في جانب آخر بلا ضرر

وإن كانت أرض صغيرة بين قوم إن اقتسموها لم يصب كل واحد منهم شيء ينتفع به فأراد بعضهم قسمتها لم أقسمها وهو وما تقدم من البيت الصغير سواء

وإن كانت حانوت في السوق يبيعان فيه أو يعملان بأيديهما سواء فأراد أحدهما قسمته فإني أنظر في ذلك فإن كان يصيب كل واحد منهما موضع يعمل فيه قسمته بينهما

وإن كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر

وإن كان الزرع بين ورثة في أرض لغيرهم فأرادوا قسمة الزرع فإن كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضي ولا بغير التراضي لأن الحنطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة إلا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد

وإن كان بقلا لم أقسمه لما في ذلك من الضرر على كل واحد منهم فإنه لا يتمكن بعد القسمة من ترك نصيبه بغير رضاء أصحابه لأن موضعه من الأرض عارية لهم جميعا إلا أن يشترطوا في البقل أنه يجز كل واحد منهم ما أصابه فإذا اقتسموها على هذا بتراضيهم أجزته لما بينا أن في هذه القسمة إتلاف جزء فلا يباشره القاضي ولا يمنع الشركاء منه إن تراضوا عليه

ولو كانت أرض بين رجلين فأرادا أن يقتسما زرعها دون الأرض لم يجز ذلك إن اشتراطا تركه في الأرض إلى وقت الإدراك وإن اشترطا جز ذلك واجتمعا عليه أجزته والقسمة في هذا كالبيع فكما لا يجوز شراء الزرع قبل الإدراك

بشرط الترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك طلع في نخل بين قوم إن اقتسموا الطلع على أن يتركوا على النخل لم يجز

وإن اقتسموه على أن يقطع كل واحد منهم ما أصابه أجزت ذلك بمنزلة الشراء فإن استأذن رجل منهم أصحابه بعد القسمة في ترك ما أصابه فاذنوا له فأدرك وبلغ طاب له الفضل

وإن تركه بغير رضاهم يصدق بالفضل بمنزلة المشتري للثمار على رؤوس النخيل قبل الإدراك إن ترك بإذن البائع طاب الفضل وكل شيء يحتاج في قسمته إلى كسر أو قطع لم أقسمه بينهم لما في ذلك من إتلاف الجزء إلا أن يرضى جميع الشركاء فإن رضوا قسمته فالمراد أني لا أمنعهم من أن يفعلوا ذلك **بالتراضي** فأما أن يباشر القاضي ذلك فلا

وإن أوصى بصوف على ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل الجز لم أقسمه وكذلك اللبن في الضرع لأن ذلك مال الربا فإنه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته إلا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز

فأما الولد في البطن فلا يجوز شركته بين الشركاء بحال لمضي الضرر والجهالة ولأن المقصود بالقسمة الحيازة وذلك فيما في البطن لا يتصور لأن كل واحد منهما لا يتمكن من إثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما **بالتراضي** لم يجز

وإن كانت قوصرة تمر بينهما أو دن خل فأراد أحدهما قسمته لأن هذا مما يتأتى فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تمييز محض لكل واحد من الشريكين أن ينفرد به فكذلك يفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء وإن كانت خشبة أو باب أو رحاء أو دابة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لأنها لا تحتمل القسمة من غير ضرر

وكذلك اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها إلا بضرر ويقسم اللؤلؤ واليواقيت بين الشريكين إذا أراد ذلك أحدهما لأن التعديل في المنفعة والمالية ممكن إذا كانت بأعيانها

وإن كانت جنة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فإن كان في قطعها ضرر على واحد منهما لم أقسمها وإن لم يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وإن كان حبا كثيرا قسمته بينهما لأنه لا حاجة إلى القطع هنا في القسمة وهو نظير الثياب إذا كانت من نوع واحد وتقسم نقرة الفضة والذهب وما أشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والصفر والنحاس لأنه لا ضرر في قطع ذلك على واحد منهما وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ما ينتفع به والسفل لغيرهما أو سفل بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم إذا طلب بعض الشركاء لأن العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفي القسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما

وإذا كان بين رجلين بئرا وعين أو قناة أو نهر لا أرض مع ذلك بينهما فأراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فإني لا أقسم ذلك بينهما لأنه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر على كل واحد منهما فإن كان مع ذلك أرض ليس لها شرب إلا من ذلك قسمت الأرض بينهما وتركت القناة والبئر والنهر على حالها لكل واحد منهما شربه منها

وإن كان كل واحد منهما يقدر على أن يجعل لأرضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وأنهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك كله فيما بينهم لأنه لا ضرر على واحد منهم في هذه القسمة أو قسمة النهر والعين هنا تبع لقسمة الأراضي فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الأرض تبعا

وإن كان البيع لا يجوز فيه مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة – رحمه الله – لا أجبر واحدا منهما على البيع في شيء مما سميناه في هذا الكتاب

وإن طلب ذلك شريكه وكان مالك – رحمه الله – يقول : إذا كان المشترك بحيث لا يحتمل القسمة بين الشريكين فإن القاضي يجبر أحدهما على بيع نصيبه إذا طلب الآخر ذلك أو يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن بينهما لأنه لا طريق لتوفير المنفعة على كل واحد منهما إلا هذا

وإذا ثبت له ولاية الإجبار على القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فكذلك يثبت له ولاية الإجبار على البيع في كل موضع تتعذر القسمة ولا يقال كل واحد منهما يقدر على بيع نصيبه وحده لأنه يتضرر بذلك فالأشقاص لا تشترى إلا بثمن وكس فينبغي أن تثبت له ولاية الإجبار على البيع لدفع الضرر

وحجتنا في ذلك أن في الإجبار على البيع معنى الحجر على الحد وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما متمكن من بيع نصيبه وحده فلا حاجة إلى إجبار الشريك على ذلك لنفوذ تصرفه في نصيبه تبعا

قوله : بأن لا يشتري منه إلا بوكس

قلنا : أنه لا يملك نصيبه إلا مشتركا ويتوفر عليه نصيبه مشتركا إنما يحصل له زيادة على ذلك فلا حق له في الزيادة توضيحه أن ولاية الإجبار لمعنى الإحراز وتحصيل الملك كما في القسمة وفي الإجبار هنا إزالة الملك وللناس في أعيان الملك أغراض

(ألا ترى) أنه ليس لواحد منهما أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه فلأن لا يكون له أن يجبره على بيع نصيبه من غيره كان أولى والله أعلم بالصواب ." (١)

" قال – رحمه الله – (وإذا اقتسم القوم أرضا ميراثا بينهم أو شراء وتقابضوا ثم ادعى أحدهم غلطا في القسمة فإنه لا يشتغل بإعادة القسمة بمجرد دعواه) لأن القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد وقوله في ذلك غير مقبول كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيارا بسبب العيب أو الشرط

ولكن إن أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه لأن المعتبر في القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد كما لو ثبت المشتري العيب بالبينة وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلفهم على الغلط فله ذلك لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم فإذا أنكروا استحلفوا عليهم لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل

---

(١) المبسوط، ٣٠٩/٦

ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه إلى نصيبه ثم يقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما لأن الناكل كالمقر وإقراره حجة عليه دون غيره ففيما في يده يجعل كان ما أقر به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما وكذلك كل ما يقسم فهو على هذا لا يعاد ذرع شيء من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه إلا بحجة لأن الظاهر أن القسمة وقعت على سبيل المعادلة وإنه وصل إلى كل ذي حق حقه والبناء على الظاهر واجب ما لم يثبت خلافه

وإذا اقتسم رجلان دارين وأخذ أحدهما دارا والآخر دارا ثم ادعى أحدهما غلطا وجاء بالبينة أنه له كذا كذلك ذراعا في الدار التي في يد صاحبه وفصلا في قسمة فإنه يقضي له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة وليس هذا كالدار الواحدة في قول أبي يوسف - ومحمد - رحمهما الله

وأما في قول أبي حنيفة فالقسمة فاسدة والدار أن بينهما نصفان لأن الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين

ومن أصل أبي حنيفة - رحمه الله - أن هذه القسمة بمنزلة البيع حتى لا تجوز إلا **بالتراضي** وبيع كذا كذا ذراعا من الدار التي في يد الغير لا يجوز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقد بيناه في البيوع فكذلك إذا شرط ذلك لأحدهما في دار صاحبه في القسمة كانت القسمة فاسدة

وأما على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - هذا بمنزلة البيع أيضا لما بينا أن قسمة الخبر في الدار إنما تجري عندهما إذا رأى القاضي المصلحة فيه فأما بدون ذلك فهو كالبيع ولكن من أصلهما أن بيع كذا كذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشتراط ذلك في القسمة لأحدهما لا يمنع صحة القسمة وبه فارق الدار الواحدة لأن معنى التمييز هناك يغلب على المعاوضة في القسمة ولهذا لا يجبر عليه بعض الشركاء عند طلب البعض فإذا شرط لأحدهما كذا كذا ذراعا في نصيب صاحبه لا يحصل التمييز بهذه القسمة بل الشرط والشيوع يبقى بذلك القدر فلا تصح القسمة بخلاف الدارين فمعنى المعاوضة هناك يغلب على ما بينا وتتحقق المعاوضة مع شرط كذا كذا ذراعا لأحدهما في دار صاحبه

وإذا اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما قراحان والآخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القراحين أحد الأقرحة التي في يد الآخر وأقام البينة أنه له فأصابه في قسمة فإنه يقضي له به لأنه أثبت الملك لنفسه في تلك العين بالقسمة وأثبت أنه لم يقبضه واستولى عليه شريكه بغير حق فيقضي له بذلك كما لو ثبت ذلك بإقرار صاحبه

وكذلك هذا في الأثواب فإن لم يكن للمدعي بينة كان له أن يستحلف الذي في يده الثوب لأن ذي اليد مستحق له باعتبار يده ظاهرا

ولكن لو أقر بما ادعى حق صاحبه أمر بتسليمه إليه فإذا أنكر استحلف على ذلك وإن أقام البينة على ثوب بعينه مما في يد صاحبه أنه أصابه في قسمة وجاء الآخر ببينة أنه أصابه في قسمة فالبينة بينة الذي ليس الثوب في يده لأن دعواهما في الثوب دعوى الملك وبينة الخارج فيه تترجح على بينة ذي اليد لأنه هو المحتاج إلى إقامة البينة وهو المثبت على صاحبه لما يدعيه بالبينة وكذلك هذا الاختلاف في بيوت الدار وإن اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة ثم ادعى صاحب الأوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته على ذلك

وهذه المسألة في الحاصل على ثلاثة أوجه :

أحدهما : أن يدعي الغلط في التقويم وذلك غير مسموع منه وإن أقام البينة على ذلك لأنه شاع في نقض ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف المقومين واختلاف الأوقات والأمكنة ولأنه بهذه البينة لا يثبت شيئا في ذمة غيره إنما يثبت قيمة ما تناوله فعل القسمة وفعل القسمة لاقي العين دون القيمة وذلك يختلف باختلاف مقدار القيمة بخلاف الغصب فإن بينة المغصوب منه على مقدار قيمته تقبل لأنه يثبت ذلك دينا في ذمة الغاصب فالمغصوب مضمون بالقيمة دينا في ذمة الغاصب

توضيحه : أن القسمة في معنى البيع ومع بقاء عقد البيع لا تقبل البينة على قيمة المبيع من أحد المتعاقدين على صاحبه فكذلك في القسمة

والثاني : أن تكون الدعوى في عدد ما أخذ كل واحد منهما بأن قال أحدهما لصاحبه أحدث إحدى وخمسين غلطا أو أحدث أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أحدث أنا إلا خمسين فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعي البينة لأن الاختلاف بينهما في مقدار المقبوض فالقول قول المنكر للزيادة وعلى من يدعي الزيادة فيما قبض صاحبه إثباته بالبينة ولأنه يدعي شاة مما في يد صاحبه أنها ملكه إصابته في القسمة وصاحبه ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه

والثالث : إن قال أخطأنا في العدد وأصاب كل واحد منا خمسين خمسين وهذه الخمسين خطأ كان منا وقال الآخر قد اقتسمنا على هذا لك خمس وأربعون ولي خمس وخمسون وليس بينهما بينة والغنم قائمة بعينها تحالفا وتراد لأن القسمة في معنى البيع واختلاف المتبايعين في البيع حال قيام السلعة توجب التحالف والتراد فكذلك في القسمة لأنه عقد محتمل للفسخ بعد لزومه **بالتراضي** فيفسخ بالتحالف أيضا وإن أقام كل واحد منهما بينة على ذلك ردت بالقسمة لأن صاحب الخمس وأربعين هو المدعي وهو المثبت ببينته فيترجح كذلك بينته ويصير كأن خصمه صدقه فيما قال فتبطل القسمة ويستقبلانها على وجه المعادلة

وإذا اقتسما دارا ولم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا أصابني هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي هي في يديه أصابني هذا كله تحالفا وترادا لأن الاختلاف بينهما في المعقود عليه في الحاصل

وإن كانت لهما بينة على القسمة أنفذت بينتهما على ما شهد به الشهود كما لو اتفق الخصمان عليه وهذا لأن ما أصاب كل واحد منهما معلوم بحدة وقد تحقق التمييز بينهما بهذه القسمة بخلاف ما تقدم فهناك أبتت بينة صاحب الخمس وأربعين أنه بقي من حقه خمس شائعة فيما أخذه صاحبه فلهذا تبطل القسمة وإن اختلفا في الحد فيما بينهما فقال أحدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه

فإن قامت لهما بينة أحدث بينة هذا وبينة هذا لأن كل واحد منهما ثبت الملك لنفسه في جزء مما في يد صاحبه بعينه واجتمع ذلك الجزء بينة الخارج وبينة ذي اليد فيترجح بينة الخارج وإن لم يقم لهما بينة أستحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وجعل لكل واحد منهما يدعي لنفسه جزءا معينا في يد صاحبه

وإن أراد أحدهما أن يرد القسمة ردها بعد ما يتحالفان لما بينا أن الاختلاف بينهما في المعقود عليه وفي مقدار ما حصل لكل واحد منهما بالقسمة وذلك موجب للتحالف وبعد التحالف ترد القسمة إذا طلب ذلك أحدهما كما في البيع

(رجل مات وترك دارا وابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق على ذلك) إلا أن يقربه صاحبه من قبل أن قد أشهد على الوفاء يعني إنه أقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه فلا تقبل بينته على ذلك ولكن إن أقر به صاحبه فإقراره ملزم إياه والمناقض إذا صدقه خصمه فيما يدعي ثبت الاستحقاق له

ولو لم يكن له أشهد بالوفاء ولم يسمع منه إقرار بالقسمة حتى قال اقتسمنا فأصابني في هذه الناحية وهذا البيت والناحية في يده والبيت في يد صاحبه وقال شريكه بل أصابني البيت وما في يدي كله فإني أسأل المدعي عن البيت أكان في يد صاحبه قبل القسمة فلم يدفعه إليه أو غصب منه بعد القسمة فإن قال كان في يدي بعد القسمة فغصبناه أو أعرته أو أجرته لم أنقض القسمة لتصادقهما على شريكه بقبض كل واحد منهما جميع نصيبه وبقي دعواه أن البيت وصل إلى يد صاحبه من يده وصاحبه جاحد لذلك فالقول قوله مع يمينه

وإن كان قال في يد صاحبي قبل القسمة فلم يسلمه إلى تحالفا ويراد أن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما بالقسمة وقد بينا أن الاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف في القسمة فكذلك الاختلاف في الحد وعلى هذه القسمة في جميع أجناس الأموال يكون الجواب على التقسيم الذي قلنا إذا ادعى أحدهما شيئا في يد صاحبه

ولو ادعى غلطا في الذرع فقال أصابني ألف وأصابك ألف فصار في يدك ألف ومائة وفي يدي تسعمائة وقال الآخر أصابك ألف وأصابني ألف فقبضتها ولم أزد فالقول قول الذي يدعي قبله الغلط مع يمينه لأن صاحبه يدعي عليه أنه قبض زيادة على حقه وهو منكر لذلك

وإن قال أصابني ألف ومائة وأصابك ألف ومائة وقال الآخر أصابني ألف وأصابك ألف فقبضت أنت ألفا ومائة وقبضت تسعمائة تحالفا وتراضيا لأنهما تصادقا على أن المدعى عليه قبض ألف ومائة وإنما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة فالمدعي يقول : نصيبك ألف والمدعى عليه يقول : نصيبي ألف ومائة والاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف بينهما ولأن المدعي لم يقر بقبض المائة هنا والمدعى عليه يدعي ذلك فلا بد من استحلافه وقد توجهت اليمين على المدعى عليه لما بينا فلهذا تحالفا وترادا

ولو قال كنت قبضتها فقبضتها لم أنقض القسمة وأحلف المدعي قبله الفصل لأنهما تصادقا على انتهاء القسمة بقبض كل واحد منهما تمام نصيبه ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وهذا هو الحرف الذي تدور عليه هذه الفصول أن القسمة حيازة وتمامها بالقبض فإذا تصادقا على قبض كل واحد منهما تمام نصيبه بالقسمة لم يكن الاختلاف بينهما بعد ذلك اختلافا في المعقود عليه وإذا اختلفا في مقدار ما قبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافا في المعقود عليه فيثبت حكم التحالف بينهما

ولو اقتسما مائة شاة فصار في يد أحدهما ستون وفي يد الآخر أربعون فقال الذي في يده الأربعون أصاب كل واحد منا خمسون وتقابضنا ثم غصبني عشرا بأعيانها وخلطتهما بغنمك فهي لا تعرف وجحد ذلك الآخر الغصب وقال بل أصابني ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادقهما على أن كل واحد منهما قبض كمال حقه بالقسمة ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وأنكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه

فلو قال الأول أصابني خمسون فدفعت إلى أربعين وبقي في يدك عشرة لم تدفعها إلى وقال الآخر أصابني ستون وأصابك أربعون تحالفا وترادا لأن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما ولو كان أشهد عليه بالوفاء قبل هذه المقالة كان القول قول الذي في يده ستون لإقرار صاحبه باستيفاء كمال حقه ولا يمين عليه لأن صاحبه مناقض في الدعوى بعد ذلك الإقرار وبالدعوى مع التناقض لا يستحق اليمين على الخصم

فإن ادعى الغصب بعد القبض حلف المنكر عليه لأن دعوى الغصب منه دعوى صحيحة ولا تناقض فيها فيستوجب فيها اليمين على المنكر

وإن لم يشهد بالوفاء فقال الذي في يده الأربعون كانت غنم والدي مائة شاة فأصابني خمسون وأصابك خمسون وتقابضنا ثم غصبني عشرا وهي هذه وقال الذي في يده الستون بل كانت غنم والدي مائة وعشرين فأصابني ستون وأنت ستون ولم أغصبك وقد تقابضنا فإن هذا قد أقر بفصل عشر من الغنم ليس فيها قسمة لأن الآخر إنما أقر بقسمة المائة وهو منكر للقسمة فما زاد على المائة وقد أقر ذو اليد أن هذه العشرة زيادة على المائة وادعى القسمة فيها ووصول مثلها إلى صاحبه وصاحبه منكر فالقول قوله مع يمينه

وإذا حلف بقيت هذه العشرة في يده غير مقسومة فيردها ليقسم بينهما فإن لم يقر بفصل على مائة وقال كانت مائة فأصابني ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه على الغصب الذي ادعاه صاحبه قبله من قبل أن شريكه قد أبرأه من خصه المائة ولم يبرأ من حصته من الفضل عليها فإن كانت قائمة بعينها اقتسماها نصفين وإلا أفسدت القسمة لجهالة العشرة التي لم تتناولها القسمة فالغنم تتفاوت وبجهالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولا فالسبيل أن ترد الستون والأربعون وتستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القسمة الأولى والله أعلم ." (١)

" (قال رضي الله عنه) (الأصل في هذا الباب أن الوكيل متى قدر على تحصيل مقصود الموكل بما سمى له جاز التوكيل وإلا فلا) لأن الوكالة غير مقصودة لعينها بل المقصود شيء آخر يحصل للموكل فإذا قدر على تحصيل مقصوده بما سمي له كان هذا عقدا مقيدا للمقصود فصح وإلا فلا وأصل آخر أن ما سماه في الوكالة إذا كان يتناول أجناسا مختلفة لا يصح التوكيل به سواء سمي الثمن أو لم يسم لأن جهالة الجنس جهالة متفاحشة وتسمية الجنس والثمن لا يصير الجنس معلوما بها فإن كل جنس فيه ما يوجد بذلك الثمن فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل وإذا سمي الجنس اشتمل على أنواع مختلفة فإن بين الثمن أو النوع جاز التوكيل وإلا فلا لأن بيان مقدار الثمن يصير النوع معلوما وإن سمي الجنس والنوع ولم يبين الصفة جازت الوكالة سواء سمي الثمن أو لم يسم وهذا استحسان

(١) المبسوط، ٣١٥/٦

وفي القياس لا يجوز ما لم يبين الصفة

وجه القياس : أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يجوز إلا ببيان وصفه المعقود عليه

(ألا ترى) أنا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم البائع من الموكل

وكان بشر المريسي – رحمه الله – يأخذ بالقياس إلى أن نزل به ضيف فدفع الدراهم إلى إنسان ليأتي له برؤوس مشوية فجعل يصفها له فعجز عن علمه بالصفة فقال له اصنع ما بدا لك فذهب الرجل واشترى الرؤوس وحملها إلى عياله وعاد إلى بشر بعد ما أكلها مع عياله فقال له : أين ما قلت لك عنه ؟ فقال : قلت لي اصنع ما بدا لك وقد بدا لي ما فعلت فرجع عن قوله وأخذ بالاستحسان

ووجه الاستحسان : ما روي عن النبي – صلى الله عليه و سلم – : أنه دفع دينارا إلى حكيم بن حزام – رضي الله عنه – وأمره بأن يشتري له شاة للأضحية ولم يبين صفتها . ثم الوكالة عقد مبني على التوسع والجهالة في الصفة جهالة مستدركة وذلك عفو في العقود المبنية على التوسع وهذا لأن الوكالة لا يتعلق بها اللزوم والمقصود بها الرفق بالناس وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره لهذا

إذا عرفنا هذا فنقول رجل وكل رجلا أن يشتري له جارية أو عبدا لم يكن لأن الذكور من بني آدم جنس والإناث كذلك ولكن يشتمل على أنواع كالحبشي والسندي والهندي والتركي وغير ذلك فإذا لم يبين النوع ولم يسم مقدار الثمن كانت الجهالة متفاحشة فلا يتمكن الوكيل من تحصيله فينفرد الآمر بما سمي له وإن أمره بأن يشتري له عبدا مولدا أو حبشيا أو سنديا جاز لأن النوع صار معلوما بالتسمية وإنما بقيت الجهالة في الوصف وهي جهالة مستدركة فإن الأوصاف ثلاثة : الجودة والوسط والرداءة وهي تتفاوت في نوع واحد فكان الوكيل قادرا على تحصيل مقصود الآمر وكذلك إن لم يسم النوع وسمي الثمن لأن بتسمية الثمن صار النوع معلوما فإن مقدار ثمن كل نوع معلوم عند الناس فيتمكن به من تحصيل مقصوده ولو وكله بأن يشتري له رقبة أو مملوكا لا تجوز له الوكالة وإن بين الثمن لتمكن الجهالة في الجنس وهذا لأن الذكور مع الإناث من بني آدم جنسان مختلفان لاختلافهما في المنافع فلا يصح التوكيل إلا ببيان الجنس

وإذا وكله بشراء جارية وسمي جنسها وثمنها فاشتراها له عوراء أو عمياء أو مقطوعة اليدين والرجلين أو إحداهما أو مقعدة فهو جائز على الآمر في قول أبي حنيفة – رحمه الله – إذا اشتراها بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس فيه وعندهما كذلك في قطعاء اليد والعوراء فأما العمياء والمقطوعة اليدين والرجلين والمقعدة فلا يجوز على الآمر ويكون مشتريا لنفسه وهذا بناء على ما سبق فإنهما يعتبران العرف والشراء والعمياء والمقعدة غير متعارف بين الناس فأما العوراء فمعيبة وشراء المعيب متعارف

توضيحه : أن العمى وقطع اليدين يفوت منفعة الجنس وذلك استهلاك حكم ولهذا لا يجوز التكفير بالرقبة العمياء فأما العور وقطع إحدى اليدين فليس باستهلاك

(ألا ترى) أن التكفير به يصح وأبو حنيفة – رحمه الله – بنى على أصله أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد وقد سمى له الجارية مطلقا واسم الجاريبة حقيقة في العمياء ومقطوعة اليدين ولا يثبت التقييد بالعرف لأن العرف مشترك فقد يشتري المرء رقبة عمياء ترحما عليها لابتغاء مرضات الله – عز و جل – أو قصدا إلى ولائها أو

إلى ولاء أولادها بخلاف الرقبة في كفارة اليمين فإن دليل التقييد هناك قد قام وهو أن الكفارات أجزية الأفعال وهي مشروعة للزجر عن ارتكاب أسبابها ولا يحصل الزجر بالعمياء ومقطوعة اليدين

وإن وكله أن يشتري له جارية للخدمة أو عبدا ليسلمه إلى خباز أو عمل من الأعمال فاشترى أعمى أو مقطوع اليدين لم يجز على الآمر لقيام دليل التقييد في لفظه وهو تنصيصه على عمل لا يحصل ذلك من الأعمى ومقطوع اليدين وكذلك لو قال اشتر لي جارية أطؤها فاشترى محرما من الآمر لم يجز على الآمر لأن دليل التقييد في لفظه مختص أمره بجارية يحل له وطؤها

قال : (وإذا وكله بأن يشتري له دابة لم يجز وإن سمي الثمن له) لأن الدابة اسم لما دب على وجه الأرض في الحقيقة وهي أجناس مختلفة : كالخيل والبغال والحمير وقد بينا أن الجهالة للجنس تمنع صحة الوكالة وأنها لا ترتفع بتسمية الثمن لأن كل جنس يؤخذ بما سمي من الثمن

وإن قال اشتر لي حمارا ولم يسم الثمن فهو جائز لأن الجنس صار معلوما بالتسمية وإن بقيت الجهالة في الوصف فسخ الوكالة بدون تسمية الثمن

فإن قيل : لا كذلك فإن الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح إلا للحمل عليها

قلنا : هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا : بأن القاضي إذا أمر إنسانا بأن يشتري له حمارا فإنه ينصرف إلى ما يركبه مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين فإنه لا يجوز عليه بخلاف ما إذا أمره الفاليري بذلك وإذا أمره أن يشتري له ثوبا لم يجز وإن سمي الثمن لأن الثوب يشتمل على أجناس مختلفة فبالتسمية لا يصير الجنس معلوما

وإن قال اشتر لي ثوبا هرويا جاز على الآمر ما اشترى من ذلك الجنس وإن لم يسم الثمن لأن الجهالة إنما بقيت في الصفة ولكن إنما ينفذ على الآمر إذا اشتراه بما يتغابن الناس في مثله فإن اشتراه بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشتريا لنفسه لأنه تعذر تنفيذ شرائه على الآمر لما بينا وأمكن تنفيذه على العاقد فصار مشتريا لنفسه

وإن سمي ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر لأنه خالف ما سمي له إلى ما هو أضر عليه وكذلك إن نقص من ذلك الثمن لأنه لم يحصل مقصود الآمر فإن مقصوده ثوب يهودي يشتري له بالثمن لا بما دونه والجيد يشترى بعشرة فإذا اشترى بثمانية كان رديئا إلا أن يكون وصف له صفة وسمي له ثمنا فاشترى بتلك الصفة . بأقل من ذلك الثمن فحينئذ يجوز على الآمر لأنه حصل مقصوده حين اشتراه بتلك الصفة وخالفه إلى ما هو خير له حين اشتراه بأقل من ذلك الثمن وهذا لا يعد في العرف خلافا وإن دفع إليه دراهم وأمره بأن يشتري له بها طعاما فاشترى بها لحما وفاكهة لم يجز على الآمر استحسانا وفي القياس يجوز لأن الطعام اسم لما يطعم والفاكهة واللحم مطعوم إلا أن جوازه على طريقة الناس إنما يكون إذا فوض الأمر لرأيه على العموم في شراء الطعام

فأما إذا لم يفعل ذلك فلا يصح التوكيل لأن المطعوم أجناس مختلفة بتسمية الثمن لا يصير الجنس معلوما فينبغي أن لا يصح التوكيل ولكنه استحسن فقال : التوكيل صحيح وإنما ينصرف إلى الحنطة ودقيقها لأنه ذكر الطعام عند ذكر الشراء وذلك لا يتناول إلا الحنطة ودقيقها

(ألا ترى) أن سوق الطعام ما يباع فيه الحنطة ودقيقها وبائع الطعام في الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص ثم إن قلت الدراهم فله أن يشتري بها خبزا وإن كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز لأن ادخاره غير ممكن إنما يمكن الادخار في الحنطة فعند كثرة الدراهم يعلم أنه لم يرد الخبز إلا أن يكون الرجل قد اتخذ وليمة فحينئذ يعلم أن مراده الخبز وإن كثرت الدراهم وجعل الدقيق في إحدى الروايتين بمنزلة الخبز

وقال : (إنما ينصرف القليل من الدراهم إليه) لأنه قل ما يدخر عادة وفي الرواية الأخرى جعل الدقيق كالحنطة لأن الكثير من الدراهم ينصرف إليه لأنه قد يدخر الدقيق كما تدخر الحنطة وإذا لم يدفع إليه شيئا وقال اشتر لي حنطة فاشتراها لم يجز على الآمر لأنه لم يبين له القدر وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث أن الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمي له وإن وكله بأن يشتري له دارا أو لؤلؤة ولم يسم الثمن لم يجز ذلك على الآمر لأن اللآلئ أنواع مختلفة فلا يقدر الوكيل على تحصيل اللآلئ بمطلق التسمية وكذلك الدور في معنى الأنواع المختلفة وأنها تختلف باختلاف البلدان وباختلاف المحال في البلدة وبقلة المرافق وكثرتها وبصلاح الجيران وفسادهم وبالسعة والضيق فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الآمر الموكل بما سمي له

قال : (وإن سمي الثمن جاز وبتسمية الثمن يصير معلوما عادة وإن بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا – رحمهم الله – يقولون في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة) لأن الدور في كل محلة تتفاوت في القيمة وتوجد بما سمي له من الثمن الدار في كل محلة ومقصود الآمر يختلف باختلاف المحال فلهذا لا يجوز إلا بتسمية المحلة

قال : (وإذا كان الصبي حرا مسلما وأبوه ذميا أو حربيا ارتد عن الذمة ولحق بدار الحرب أو مستأمنا أو مكاتبا أو عبدا لم يجز توكيل أحدهم عليه ببيع ولا شراء ولا تزويج ولا خصومة) لأن التوكيل بالتصرف إنما يصح ممن يباشر التصرف بنفسه وملك الأب مباشرة التصرف في حق ولده بولايته عليه والرق واختلاف الدين وتباين الدارين حقيقة وحكما مانع من ثبوت ولايته عليه فإن أسلم أو عتق بعد ذلك أجيز ما منع منه لأن ولايته بعد الإسلام والعتق تثبت مقصورة على الحال فلا يؤثر في تنفيذ تصرفه سبق ثبوت ولايته وإن كان الأب مرتدا عن الإسلام لم يجز توكيله عليه أيضا إلا أن يسلم فإن أسلم جاز لأن تصرفه في حق نفسه يتوقف بين أن ينفذ بالإسلام أو يبطل إذا قتل على ردته فكذلك في حق عليه والولد الكبير إذا كان ذاهب العقل بمنزلة الصبي فيما ذكرنا لأنه عاجز عن التصرف لانعدام عقله فكان مولى عليه كالصبي

قال : (وإذا وكل أب الصبي وكيلا ببيع متاع الصبي ووارثه الأب بطلت الوكالة) إلا عند زفر – رحمه الله – فإنه يقول : ثبوت الوكالة باعتبار ملك الموكل لذلك التصرف وقد بقي ذلك بعد موت الصبي وازداد بتقرر ملك الأب في المحل لكنا نقول الأب في هذا التوكيل كان نائبا عن الصبي وقد انتهت هذه النيابة بموت الصبي

وتوضيحه : أن الأب بهذه الوكالة إنما رضي بزوال ملك الصبي . ورضاه بزوال ملك الصبي لا يكون رضا بزوال ملك نفسه فإذا صار الملك له بالإرث بطلت الوكالة وكذلك إن مات الأب ولم يمت الصبي لأن رأي الأب قد انقطع بموته وتصرف الوكيل كان باعتبار رأي الموكل ونفاذ ولايته وكذلك لو زال عقل الأب أو ارتد ولحق بدار الحرب وقضى

القاضي بلحاقه لأن ولايته قد زالت بهذه الأسباب حتى لا يملك ابتداء التوكيل فإن أسلم لم يعد الوكالة بمنزلة وكالته بالتصرف في حق نفسه وقد بينا أن بردة الموكل تبطل الوكالة على وجه لا يعود بإسلامه في رواية هذا الكتاب وكذلك في توكيله بالتصرف لولده

قال : (وإذا وكل رجل رجلين ببيع شيء أو شرائه أو تزويج امرأة بعينها أو بغير عينها أو بخلع أو بمكاتبة أو عتق على مال ففعله أحدهما لم يجز) لأن هذه التصرفات يحتاج فيها إلى الرأي والتدبير ورضاه برأي المسمى لا يكون إلا رأي الواحد ويستوي فيه أن يكون الموكل سمى البدل أو لم يسم لأن بتسمية البدل يمنع النقصان ولا تمنع الزيادة ولو حضر وليهما جميعا ربما يزيد أن في البدل فينتفع الموكل بذلك فلهذا لا ينفذ التصرف برأي أحدهما وإن كان لم يسم لهما مالا فزوجاه بأكثر من مهر مثلها أو طلقا امرأته على درهم أو أعتقا العبد أو كاتباه على درهم جاز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - للأصل الذي قلنا : أنه يعمل بإطلاق الأمر ما لم يقم دليل على التقييد وهو التهمة وعندهما لا يجوز لاعتبار العرف والعادة

قال : (ولو وكل رجل رجلا ببيع عبدين له بألف درهم فباع أحدهما بأربعمائة فإن كان ذلك القدر حصته من الألف جاز) لأنه ليس في التفريق بين العبدين في البيع إضرار بالموكل فربما لا يجد مشتريا يرغب في شرائهما جملة فلما وكله بذلك مع علمه بما قلنا كان راضيا ببيعه أحدهما دون الآخر دلالة وكذلك إن باعه بأكثر من حصته وفيه زيادة منفعة للموكل وإن باع أحدهما بأقل من حصته لم يجز وسوى في الكتاب بين النقصان الكثير واليسير وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله

فأما عندهما فإن كان النقصان يسيرا جاز وإن كان فاحشا لم يجز لأن الموكل إنما سمي الثمن بمقابلتهما جملة ولم ينص على حصة كل واحد منهما وإنما طريق معرفة حصة كل واحد منهما الحزر والظن دون اليقين وفي مثله لا يمكن التجوز عن النقصان اليسير فجعل عفوا كما لو لم يسم الثمن للوكيل فباع بغبن يسير جاز بيعه وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول تنصيصه على ثمنها في الوكالة يكون تنصيصا على حصة كل واحد منهم بحصته حتى أنه لو وجد بأحدهما عيبا رده بحصته وعند التنصيص على الثمن إذا نقص الوكيل عن ذلك القدر يصير مخالفا سواء قل النقصان أو كثر كما لو قال بع هذا العبد بألف درهم فباعه بألف إلا درهما فإنه لا يجوز

وإن وكله بأن يشتري له عبدين بألف درهم فاشترى أحدهما بستمائة فإن كان ذلك حصته من الألف أو أقل جاز وإن كانت حصته أكثر من ذلك لم يجز على الآمر وصار مشتريا لنفسه وهذا والوكيل بالبيع سواء لأنه قد لا يتمكن من شرائهما جملة واحدة فيكون له أن يشتري كل واحد منهما بحصته

وإن وكله ببيع عبد له فباع نصفه من رجل ثم باع النصف الآخر منه أو من غيره جاز لأنه حصل مقصود الموكل بما صنع فإن مقصوده أن يزول ملكه بعوض هو مال وذلك يحصل بالعقدين كما يحصل بالعقد الواحد فربما لا يجد مشتريا يشتريه جملة فيحتاج إلى تفريق العقد ليحصل مقصوده

فإن باع نصفه ولم يبع ما بقي لم يجز في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - وجاز في قول أبي حنيفة - رحمه الله

فهما يقولان : بيع النصف يضر بالموكل فيما بقي لأنه يتبعض عليه الملك والشركة في الأملاك المجتمعة عيب وأمره إياه بالبيع لا يتضمن الرضا بتعيب ملكه فلهذا لا يجوز إلا أن يبيع ما بقي قبل الخصومة فحيئذ قد زال الضرر عنه وحصل مقصوده فيجوز

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول : الوكيل قائم مقام الموكل في بيع العبد والموكل مالك لبيع البعض كما هو مالك لبيع الكل فكذلك الوكيل لأن اعتبار الجزء باطل واعتبار الكل صحيح ثم في تصرفه في هذا منفعة للموكل لأنه لو باع الكل بالثمن الذي باع به النصف جاز عند أبي حنيفة - رحمه الله - كما بينا فإذا باع البعض به كان أقرب إلى الجواز لأنه حصل له ذلك القدر من الثمن وبقي بعض العبد على ملكه

ولو وكله بأن يشتري له عبدا فاشترى بعضه لم يجز على الآمر إلا أن يشتري ما بقي قبل الخصومة فحينئذ يجوز كله على الآمر وهذا على أصلهما ظاهر للتسوية بين جانب البيع والشراء

وأبو حنيفة - رحمه الله - يفرق فيقول : الوكيل بالشراء لو اشترى بالزيادة الكثيرة لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع والتهمة تتمكن في جانب الوكيل بالشراء فلعله اشترى النصف لنفسه فلما علم أن الشركة عيب أراد أن يحوله على الآمر

توضيح الفرق : أن صحة التوكيل بالشراء بتسمية العبد ونصف العبد ليس بعبد فلا يصير به ممتثلا أمر الآمر إلا أن يشتري ما بقي قبل الخصومة فأما في جانب البيع فصحة التوكيل باعتبار ملك الموكل للغير وذلك موجود في البعض والكل ثم ذكر في النوادر أن الوكيل إذا اشترى النصف توقف شراؤه على رضا الآمر عند أبي يوسف - رحمه الله - حتى لو أعتقه الوكيل عن نفسه - لا يجوز

ولو أعتقه الموكل عن نفسه يجوز وعند محمد - رحمه الله - يصير الموكل مشتريا لنفسه حتى لو أعتقه جاز عتقه إلا أن يشتري ما بقي فحينئذ يتحول إلى الآمر فأبو يوسف - رحمه الله - يقول : مقصود الموكل حصول ملك الغير له والقدر الذي حصل من جملة مقصودة ولكنه معيب بعيب الشركة فينفذ تصرف الوكيل له ويثبت له الخيار للعيب فإذا قدم على العتق صار مسقطا لخياره فينفذ العتق من جهته فإذا رده يصير الملك للوكيل حينئذ كما لو وجد به عيبا فرده بشراء العبد والنصف ليس بعبد ولكنه يفرض أن يصير موافقا بشراء ما بقي فقبل وجود هذا لموافقته كان خلافه ظاهرا وكان مشتريا لنفسه . فنفذ عتقه من جهته

وفرق محمد - رحمه الله - بين هذا وبين الوكيل بالشراء بألف إذا اشتراه بألفين يتقرر شراؤه لنفسه حتى أنه وإن حط البائع أحد الألفين لا يصير الشراء للموكل وهنا لو اشترى ما بقي قبل الخصومة كان الشراء للموكل

ووجه الفرق أن غرضه الموافقة هناك باعتبار ما لم يتناوله عقد الوكالة وهو حط الألف الزائد فلم يكن معتبرا وهنا غرضه الموافقة باعتبار ما تناولته الوكالة وهو شراء النصف الباقي فلهذا كان معتبرا

قال : (ولو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد محجور عليه أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه) لأنه ما رضي برأيه وحده حتى ضم إليه رأي الآخر ولو كانا حرين فباع أحدهما والآخر حاضر فأجاز البيع كان جائزا لأن تمام العقد برأيهما

(ألا ترى) أنه لو باع فضولي فأجازه جاز وكذلك إذا باع أحدهما وأجازه الآخر ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه لأنه ما رضي برأيه وحده

قال : (ولو وكل رجلا ببيع خادمة له فباعها ثم أقال البيع البائع فيها لزمه المال والخادم له) لأن الإقالة بيع مبتدأ في حق غيرهما فهو شراء مبتدأ وللموكل غيرهما فيجعل في حقهما حقه كأن الوكيل اشتراه ابتداء

ويستوي إن كانت الوكالة قبل القبض أو بعده من عيب أو من غير عيب ولو وكل الصبي ببيع خادم فباعها جاز لأن الصبي العاقل له عبارة معتبرة شرعا حتى ينفذ تصرفه بإذن الولي في ملك نفسه فكذلك ينفذ تصرفه في ملك الغير بتوكيل المالك إياه بذلك وهذا لأن اعتبار عبارته بتمحض منفعة له فيه يمتاز الآدمي من البهائم ويحصل له بهذا التصرف معنى التجربة فيصير مهتديا إلى التصرفات عالما بطرق التحرز عن أسباب الغبن وذلك محض منفعة له ثم العهدة على الآمر إذا لم يكن الصبي مأذونا لأن في إلزام العهدة إياه ضررا والصبي يبعد عن المضار فإذا تعذر إيجاب العهدة عليه تعلق بأقرب الناس إليه وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الآمر فكانت العهدة عليه إلا أن يكون الصبي مأذونا له فحينئذ تلحقه العهدة لأنه بالإذن صار بمنزلة البالغ في التزام العهدة بالتصرف

(ألا ترى) أنه فيما يتصرف لنفسه تلحقه العهدة فكذلك فيما يتصرف لغيره والعبد بمنزلة الصبي إلا أنه إذا كان محجورا عليه يلزمه العهدة بعد العتق لأن قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطبا وإنما لا يكون ملزما في حق المولى وقد سقط حقه بالعتق

فأما قوله : (الصبي المحجور ليس بملزم في حق نفسه) فلهذا لا تلزمه العهدة بعد البلوغ وإن كان الوكيل مجنونا لا يعقل فبيعه باطل لأنه ليس له قول معتبر فركن التصرف القول المعتبر شرعا)

وإن كان يعقل البيع والشراء فهو بمنزلة الصبي على ما بيناه وإن كان المأمور مرتدا جاز بيعه لأنه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة - رحمه الله - فإن أسلم كانت العهدة عليه وإلا فالعهدة على الآمر

وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو يظهر اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا أو شراء ولو وكل الصبي أو العبد المحجور عليه بشراء عبد بعينه بثمن مسمى فاشتراه فالثمن لازم على الآمر دون الصبي والعبد ما لم يعتق لأن الصبي المحجور لا يملك التزام الثمن في ذمته والعبد لا يملك ذلك في حق المولى فإذا تعذر إيجاب الثمن عليهما وجب على من وقع له الملك وهو الآمر وصار في حقه بمنزلة الرسول بالشراء فيجب الثمن على المرسل ولو كان مأذونا لهما في التجارة لزمهما الثمن ورجع به على الآمر لأنهما يملكان التزام الثمن في ذمتهما بتصرفهما لأنفسهما فكذلك للغير بحكم الوكالة

(وأورد المسألة في كتاب الحوالة والكفالة)

وقال : (هذا استحسان وفي القياس لا يلزمهما الثمن) لأنهما ملتزمان الثمن لمنفعة لغيرهما فكان هذا منهما بمنزلة الكفالة وكفالة الصبي المأذون والعبد المأذون لا تصح وإن كانت بأمر المكفول عنه ولكن استحسن

فقال : (هذا من صنع التجار) لأن التعارف بين التجار في التصرفات ظاهر فإذا لم يتوكل هو عن الغير لا يتوكل الغير عنه في ذلك وفيما هو من صنع التجار المأذون منفك الحجر عنه بخلاف الكفالة فإنها ليست من صنع التجار

توضيحه : أن المشتري يكون في يده فيحبسه حتى يستوفي الثمن من الآمر فلا يتضرر به بخلاف الكفالة حتى لو وكل بالشراء لنفسه يقول لا يلزمه الثمن لأنه ليس له أن يحبس المبيع بالثمن فيكون ذلك بمنزلة الكفالة منه

قال : (وإذا أذن لعبده أو لابنه في التجارة ثم ذهب عقله وأطبق عليه انقطع إذنه) لأن صحة تصرف المأذون برأي الآذن والجنون المطبق قد قطع رأيه فيكون ذلك بمنزلة موته

ولو حلف بطلاق أو عتاق أو جعل أمر امرأته بيدها ثم أصابه الجنون بعد ذلك لم يبطل ما فعل من ذلك لأن حكم ذلك التصرف قد لزمه في حال عقله وكماله فلا يبطل بجنونه وهنا بالإذن في التجارة لم يلزمه شيء حتى لو كان مالكا للحجر على المأذون لبطل إذنه بجنونه لأن صحة تصرف المأذون باعتبار أنه يتقوى رأيه برأي وليه فيكون ذلك كالبلوغ في حقه ولهذا قال أبو حنيفة – رحمه الله – يملك التصرف بالغبن الفاحش وقد انعدم ذلك المعنى بجنون الولي فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ولو وكل وكيلا ببيع أو شراء ثم ذهب عقل الوكيل واختلط ثم اشترى وباع لم يلزم الوكيل الثمن ولزم الآمر أما في نفوذ تصرفه في الآمر فروايتان في هذه الرواية قال : ينفذ لأن جنونه بهذه الصفة لو اقترن بالوكالة لمنع صحتها

وإذا طرأ عليها فلأن يمنع بقاءها كان ذلك بطريق الأولى وفي غير هذا الموضع يقول لا ينفذ تصرفه على الآمر لأن الآمر إنما رضي بتصرفه في حال كمال عقله فلا يكون ذلك منه رضا بتصرفه بعد اختلاط عقله بخلاف ما إذا وكله ابتداء في هذه الحال لأنه رضي بتصرفه مع اختلاط عقله فإذا ثبت نفوذ التصرف على هذه الرواية قلنا العهدة تكون على الآمر لأن أوان لزوم العهدة وقت مباشرة التصرف لا وقت التوكيل وهو ذاهب العقل فكان التوكيل وجد في هذه الحال

وإن كان العبد المحجور عليه وكل رجلا ليشتري له شيئا فاشترى له لزم الوكيل لأن العبد لا يملك الشراء لنفسه بنفسه فلا يصح توكيله به وإذا لم يصح التوكيل به صار الوكيل مشتريا لنفسه كما لو لم تسبق الوكالة

وإذا وكل الرجلان رجلا بيع عبد لهما فباع نصفه وقال : هذا نصف فلان فهو جائز لأنه صار وكيلا من جهة كل واحد منهما ببيع النصفين والوكيل معير منافعه للموكل فيملك تعيين من يعبر عنه

وإن لم يبين عند البيع أي النصفين يبيع جاز بيعه من نصيب كل واحد منهما نصفه في قياس قول أبي حنيفة – رحمه الله – ولا يجوز في قولهما لأنه سمي النصف مطلقا عند البيع فليس صرفه إلى نصيب أحدهما بأولى من صرفه إلى الآخر فيشيع في النصفين جميعا وإذا شاع فيهما بحكم المعارضة لم يجز في شيء عندهما لأن الوكيل ببيع النصف لا يملك بيع نصف النصف عندهما كما أن الوكيل ببيع الكل من واحد لا يملك بيع النصف

وفي قول أبي حنيفة – رحمه الله – الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه فيمكن تنفيذ بيعه هنا في نصف نصيب كل واحد منهما وإن لم يختصموا في ذلك حتى باع النصف الآخر جاز كله لأنه قد حصل مقصود كل واحد منهما فلا ينظر إلى تفريق الصفقة مع ذلك

وإذا باع الوكيل العبد بخمسمائة درهم فقال الآمر : أمرتك بألف درهم أو قال أمرتك بدنانير أو بحنطة أو بشعير أو باعه بنسيئة فقال الآمر : أمرتك بالحال فالقول قول الآمر لأن الأمر مستفاد من جهته

ولو أنكر الإذن كان القول قوله مع يمينه فكذلك إذا أقر بصفته وكذلك الخلع والنكاح والمكاتبة كله على هذا

وإذا قال الآمر للوكيل قد أخرجتك عن الوكالة فقال الوكيل : لقد بعته أمس لم يصدق الوكيل لأن الموكل أقر بعزل الوكيل بمحضر منه وإنما أقر بالبيع بعد ما صار معزولا وهو لا يملك إنشاء البيع في هذه الحال فلا يصح إقراره أيضا

ولو أقر الوكيل بالبيع لإنسان بعينه فقال الآمر : قد أخرجتك من الوكالة جاز البيع إذا ادعى ذلك المشتري لأن الوكيل أقر به في حال بقاء الوكالة لإنشاء العقد في هذه الحال فصح إقراره ولا يبطل ذلك بالعزل بعده

وإذا اتصل التصديق بالإقرار كان كالموجود يومئذ

ولو وكله ببيع عبد له فباعه من نفسه لم يجز لأن بيع العبد من نفسه إعتاق والإعتاق غير البيع فإنه إبطال للملك والبيع ناقل أو موجب الملك للغير أو لأن العتق يوجب الوكالة للموكل وهو لم يرض بذلك وليس للوكيل أن يلزمه الولاء بغير رضاه ولو باعه من قريب العبد جاز لأن هذا بيع مطلق ثم العتق ينبني عليه ثبوت الملك للقريب بالشراء فلا يخرج به البيع من أن يكون مطلقا في حق البائع

(ألا ترى) أنه لا يملك الرجوع عن الإيجاب هنا قبل قبول المشتري بخلاف بيع العبد من نفسه ولأنه لا يلزم الموكل هنا ولاء وإنما يلزم ولاؤه للمشتري وإن وكله أن يبيعه وأمره أن يشهد على بيعه فباعه ولم يشهد فهو جائز لأنه أمره بالبيع مطلقا وأمره بالإشهاد كان معطوفا على الأمر بالبيع فلا يخرج به الأمر بالبيع من أن يكون مطلقا

(ألا ترى) أن الله عز و جل أمر بالإشهاد على البيع فقال تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ (البقرة : ٢٨٢) ثم من باع ولم يشهد كان بيعه جائزا ولو وكله أن يبيعه برهن ثقة بنسيئة فباعه بغير رهن لم يجز لأن حرف الباء للإلصاق وإلصاق البيع بالرهن لا يكون إلا بالشرط فإنما أمره ببيع مقيد بشرط فإذا لم يأت بذلك الشرط كان مخالفا وكذلك لو أمره بأن يبيعه من فلان بكفيل ثقة فباعه من غير كفيل لم يجز لأنه أمره ببيع مقيد والذي أتى به بيع مطلق والمطلق غير المقيد وفي شراء الكفيل والرهن منفعة معتبرة للموكل وهو التوثق بحقه فليس للوكيل أن يفوت عليه هذه المنفعة

(ألا ترى) أن التوكيل بالبيع ومن أوجب لغيره بيعا بشرط رهن أو كفيل لم يكن له أن يقبل بدون ذلك الشرط فهذا مثله فإن قال الوكيل : لم يأمرني بذلك فالقول قول الآمر لما بينا أن الأدب مستفاد من جهته ولو وكله أن يبيعه من رجل سماه فباعه منه ومن آخر جاز في النصف الذي باع لذلك الرجل في قول أبي حنيفة - رحمه الله - ولم يجز عندهما لأنه في الذي باعه للآخر مخالف

(ألا ترى) أنه لو باع الكل من الآخر لم يجز بيعه فإذا باع من الذي سمي له الموكل والوكيل ببيع النصف عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلهذا جاز في ذلك النصف

قال : (وإذا وكله ببيع عبد فباعه واشترط الخيار لنفسه أو للآمر فهو جائز) لأنه قائم مقام الموكل وكل يملك البيع بشرط الخيار واشتراط الخيار للموكل كاشتراطه للأجنبي وذلك يجوز عندنا خلافا لزفر - رحمه الله - وهي مسألة معروفة ثم لا ضرر على الآمر في هذا الشرط بل فيه نفع له والوكيل لا يصير مخالفا بما يراد فيه منفعة الآمر وإذا قبل الوكيل العبد بغير قضاء قاض بخيار شرط أو رؤية فهو جائز على الآمر لأن الرد بهذا فسخ من الأصل

(ألا ترى) أن المشتري ينفرد به وكذلك لورده المشتري عليه بعيب قبل القبض بغير قضاء قاض فهو جائز على الآمر لأن الرد هنا فسخ من الأصل حتى ينفرد به المشتري وهذا بخلاف الإقالة قبل القبض على ما سبق بيانه لأن

المشتري لا ينفرد بالإقالة فكان ذلك التصرف معتمده **التراضي** فينفذ على الوكيل دون الآمر وإذا باع الوكيل العبد من أب الآمر أو ابنه أو مكاتبه أو عبده التاجر المديون جاز لأنه لا تهمة بين الوكيل وبين هؤلاء إذ ليس بينهما وصلة وكان بيع الوكيل من هؤلاء كبيع الموكل بنفسه ولو باعه من عبده المأذون الذي لا دين عليه لم يجز كما لو باعه الموكل بنفسه وكذلك لو كان العبد مأذونا فباعه الوكيل من هؤلاء فهو جائز إن كان على العبد دين

وإن لم يكن دين فالبيع مردود اعتبار بيع الوكيل ببيع الموكل بنفسه وهذا لأن البيع عقد شرعي فيعتبر إذا كان مفيدا ولا يعتبر إذا لم يكن مفيدا وإذا كان على العبد دين فبيعه الكسب من هؤلاء مفيد وإذا لم يكن عليه دين فلا فائدة في هذا البيع لأن المولى يتمكن من أخذ كسبه من غير بيع

قال : (وإذا أمر الرجل رجلا ببيع عبد له ودفعه إليه فقال الوكيل : قد بعته من هذا وقبضت الثمن وهلك عندي وادعى المشتري ذلك فهو جائز والوكيل مصدق فيه مع يمينه) لأنه مسلط على البيع وقبض الثمن وقد أجبر بما جعل مسلطا عليه في حال قيام التسليط ولا تمكن التهمة في جبره وهو أمين بما دفع إليه فإذا أخبر بأداء الأمانة فيه كان القول قوله مع يمينه

وإن كان الآمر قد مات . وقال ورثته : لم نسمع وقال الوكيل قد بعته من فلان بألف درهم وقبضته وهلك عندي وصدقه المشتري فإن كان العبد قائما بعينه لم يصدق الوكيل بالبيع لأنه أخبر به في حال لا يملك إنشاءه فإنه قد يعزل بموت الآمر ولأن العبد صار ملك الوارث في الظاهر ولم يسلطه الوارث على إزالة ملكه فلا قول له في ذلك بخلافه حال حياة الآمر ولكن إن أقام المشتري البينة على الشراء في حياة الآمر كان العبد له وإلا فهو للورثة مع يمينهم على العلم فإذا أخذت الورثة العبد ضمن الوكيل المال للمشتري بإقراره بقبضه منه عوضا عن اليمين وقد استحق العبد من يد المشتري فكان ضامنا له ما قبض من الثمن

وإن كان العبد مستهلكا فالوكيل يصدق بعد أن يحلف استحسانا وفي القياس لا يصدق لما بينا من المعنيين أنه قد انعزل بموت الآمر وإن بدله وهو القيمة صار ملكا للوارث على المشتري بقبضه العبد أو باستهلاكه فلا يقبل قول الوكيل في إبطال ملكهم

ووجه الاستحسان : أن الوكيل بما يخبر هنا بنفي الضمان عن نفسه وهو كان أمينا في هذا العبد فيكون قوله مقبولا مع يمينه فيما ينفي الضمان به عن نفسه بخلاف قيام العبد فإنه يزيل ملكا ظاهرا للوارث في العبد وهو ليس بأمين في ذلك فلا يقبل قوله . لهذا ولو وكله ببيع أمة له فباعها الموكل أو كاتبها أو وهبها وسلمها فذلك نقض للوكالة لأن الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بالبيع والهبة والتسليم فلا تبقى الوكالة بدون المحل

وكذلك بالكتابة خرجت عن أن تكون محلا للبيع فلا تبقى الوكالة بعد خروج المحل من أن يكون محلا للتصرف كما لا يثبت ابتداء

ولو استخدمها الموكل أو وطئها ولم تلد ولدا منه فالوكيل على وكالته لأنها باقية على ملكه محل للتصرف الذي وكل الوكيل به

وكذلك لو أجرها أو رهنها الموكل فإن الوكيل على وكالته لأنها باقية على ملكه محل للبيع وإن كان يحتاج إلى رضا المرتهن والمستأجر للزوم البيع فيهما

(ألا ترى) : أن ابتداء التوكيل من الآمر صحيح بعد الرهن . والإجارة وهذا لأنه يملك بيعها بنفسه فإنه لو باعها نفذ في حقه وإنما توقف لحق الغير حتى إذا سقط حق المستأجر والمرتهن كان بيعه جائزا نافذا فكذلك توكيله ببيعها يصح في هذه الحال ويبقى صحيحا ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لأن الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ من الأصل فعادت إلى قديم ملك الموكل وانتقاض الوكالة كان حكما لزوال ملك الموكل فإذا عاد ملكه عادت الوكالة

وكذلك لو كان الرد بخيار الشرط كان للبائع أو للمشتري أو بفساد البيع أو بخيار الرؤية لأن هذه الأسباب تفسخ العقد من الأصل وإن قبلها الموكل بعيب بغير قضاء القاضي بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل بيعها

وكذلك لو تقايلا البيع فيها لأن هذا السبب كالعقد المبتدإ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك إن رجعت إلى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لأن الوكالة تعلقت بالملك الأول وهذا ملك جديد سوى الأول فلا يثبت فيه حكم الوكالة إلا بتجديد توكيل من المالك

ولو وكله ببيع عبد ثم أذن له في التجارة أو جنى عليه جناية كان على وكالته لأن المحل لم يخرج من أن يكون محلا صالحا لهذا التصرف بما أحدثه الموكل . ولم يخرجه الموكل بهذا الفعل عن صحة تصرف الوكيل فبقاء الوكالة أولى

وإذا باع الوكيل العبد ثم قطع يده قبل أن يقبضه المشتري فللمشتري أن يؤدي جميع الثمن ويأخذ العبد ويتبع الوكيل بنصف القيمة ويتصدق بالفضل لأن قطع اليد ليس مما اقتضته الوكالة فكان الوكيل فيه كأجنبي آخر

فإن قيل : أليس أن الوكيل بالبيع نزل منزلة العاقد لنفسه ولو كان باعه لم يجب عليه القيمة بقطع يده

قلنا : هو في حقوق العقد ينزل منزلة العاقد لنفسه وقطع اليد ليس من حقوق العقد في شيء فكان هو فيها كأجنبي آخر وكذلك لو كبله أو استخدمه فمات من ذلك فللمشتري أن يضمن الوكيل القيمة ويعطيه الثمن لأن هذا الفعل ليس مما تضمنته الوكالة وهو من حقوق عقد الوكيل فيكون الوكيل فيه كأجنبي آخر وإذا وكل رجلا ببيع عبده هذا ووكل آخر به أيضا فأيهما باعه جاز لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده وهذا بخلاف الوصيين إذا أوصى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في أصح القولين لأن وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وهنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل منهما بالتصرف

فإن باعه كل واحد منهما من رجل فإن علم الأول منهما كان العبد له لأن بيع الأول منهما حصل في حال قيام الوكالة فنفذ وصار بيعه كبيع الموكل بنفسه . فانعزل به الوكيل الثاني وإنما باعه بعد ما انعزل فلم يصح بيعه

وإن لم يعلم الأول منهما فلكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن لأنه ليس أحدهما بنفوذ تصرفه بأولى من الآخر ولأن المشتريين قد استويا في استحقاق العبد للمساواة بينهما في السبب فكان العبد بينهما نصفين ويجبر كل واحد منهما لتفرق الصفقة عليه حيث لم يسلم له إلا نصف العبد وقد اشتراه كله

وإن كان العبد في يد أحد الوكيلين أو في يد الموكل أو في يد المشتريين فهو سواء لأن يد الوكيل فيه كيد الموكل فلا يظهر اعتبار ترجيح لأحد المشتريين فأما إذا كان في يد أحد المشتريين فهو له لترجيح جانبه بتأكد شرائه وتمكنه من القبض دليل سبق شرائه ولأن بالآخر حاجة إلى استحقاق يده عليه وبشرائه من الوكيل الآخر لا يظهر عند الاستحقاق وإنما يظهر بإقامة البينة بسبق عقده فإن أوهم لبسة على ذلك أخذه وإلا فلا سبيل له على العبد

وإذا وكل رجل رجلا ببيع عبده فباعه مع عبد آخر بثمن واحد فهو جائز وللآمر حصة عبده لأنه حصل مقصود الآمر إذ لا فرق في حقه بين أن يبيعه وحده وبين أن يبيعه مضموما إليه عبد آخر إلا أن عند أبي حنيفة – رحمه الله – يجوز بيعه سواء قلت حصة عبد الموكل من الثمن المسمى أو كثرت وعندهما إنما يجوز إذا كان بحصة من الثمن قدر قيمته أو أقل بما يتغابن الناس في مثله بمنزلة ما لو باعه وحده

ولو كان قال له : بع عبدي هذا بخمسمائة فباعه مع عبد آخر بألف درهم لا يجوز بيعه في عبد الموكل عند أبي حنيفة – رحمه الله

وعندهما يجوز إذا كانت حصة عبد الموكل من المسمى خمسمائة أو أكثر لأنه حصل مقصود الآمر بتصرفه ولكن أبو حنيفة – رحمه الله – يقول أمره بالبيع بثمن مقطوع على مقداره بيقين ولم يأت بذلك لأن انقسام الثمن على العبدين باعتبار القيمة وطريق معرفة ذلك الحزر والظن فكان هذا غير التصرف المأمور به فلهذا لا ينفذ ولو وكله بشراء عبد بعينه فإن لم يسم له الثمن فاشتراه مع عبد آخر جاز إذا كان حصة المشتري للآمر مثل قيمته أو أكثر بما يتغابن الناس فيه

وإن كان سمي له خمسمائة فاشتراه مع عبد آخر بألف لم يجز في قول أبي حنيفة – رحمه الله – على الآمر

ويجوز في قولهما إذا كان حصة المشتري للآمر من الثمن خمسمائة أو أقل ولو كان الآمر الموكل حين أمره ببيع عبده قال له : هو يقوم على بمائتي درهم فضم الوكيل عبدا آخر معه يقوم عليه بمائتي درهم فباعهما مرابحة على ثلثمائة درهم فهو جائز والثمن بينهما على رأس المال لأن بيع المرابحة ." (١)

" (قال رحمه الله) (وإذا كان لرجل على رجل مائة درهم إلى أجل مسمى فضمنها رجل عنه إلى أجل دون ذلك أو أكثر منه أو مثله فهو جائز على ما سمى أما إذا لم يسم الكفيل شيئا فالمال عليه إلى ذلك الأجل) لأنه بالكفالة إنما يلتزم المطالبة التي هي ثابتة على الأصيل والمطالبة بهذا المال على الأصيل بعد حل الأجل فيثبت ذلك على الكفيل أيضا

---

(١) المبسوط، ٥٤٢/٦

وأما إذا كفل به إلى مثل ذلك فقد صرح بما هو مقتضى مطلق الكفالة والتصريح بمقتضى العقد لا يزيده إلا وكادة وأما إذا كفل به إلى أجل دون ذلك فلأنه لو كفل به حالا لزمه المال في الحال لأن الأصيل لو أسقط الأجل لزمه المال في الحال فكذلك الكفيل وكفالته على أن يؤديه حالا بمنزلة إسقاط الأجل فإذا جاز في جميع الأجل جاز في بعضه

وإن كفل به إلى أجل أكثر من ذلك فلأنه لو كان المال حالا على الأصيل فكفل به الكفيل إلى أجل مسمى صح ولم يطالب الكفيل إلا بعد حل الأجل فكذلك إذا كفل به إلى أجل أكثر من الأجل في حق الأصيل

فإن كان أصل المال حالا فأخذ الطالب المطلوب حتى أقام له به كفيلا إلى سنة فهو جائز والتأخير عنهما جميعا لأنه أضاف التأجيل إلى أصل المال وأصل المال ثابت في ذمة المطلوب فيثبت الأجل فيه ثم يثبت في حق الكفيل بثبوته في حق الأصيل وهذا بخلاف ما إذا أجل الكفيل سنة لأن التأجيل هنا غير مضاف إلى أصل المال بل هو مضاف إلى المطالبة التي التزمها الكفيل بالكفالة فيبقى أصل المال حالا على الأصيل

ولو أن الكفيل أخر المطلوب بعد الحل إلى أجل مسمى كان التأخير عن المطلوب للكفيل دون الطالب لأنه أضاف التأخير إلى ما استوجبه على الأصيل بالكفالة وذلك في حكم دين آخر سوى دين الطالب ولأن التأخير تصرف من الكفيل بإسقاط حق المطالبة إلى مدة وذلك صحيح منه على نفسه دون الطالب

(ألا ترى) أنه لو صالحه على ثوب أو أبرأه عن بعضه جاز ذلك عليه دون الطالب ولم يرجع به على المكفول عنه حتى يمضي الأجل كما لو أجله بعد الأداء

ولو أجل المال عليهما ثم أخر الطالب الأصيل سنة فهو تأخير عنهما ولو أخر الكفيل سنة كان له أن يأخذ الأصيل بها حالة اعتبارا للتأجيل بالإبراء فكما أن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل وإبراء الأصيل يوجب براءة الكفيل فكذلك التأخير وبعد ما أخر الأصيل إذا أدى الكفيل المال قبل الأجل لأن إسقاط الكفيل الأجل صحيح منه فيما بينه وبين الطالب ودعواه غير صحيحة منه في حق المطلوب

وإن كان أخر الكفيل سنة ثم أداه الكفيل قبل الأجل كان له أن يرجع على الأصيل في الحال لأن المال حال على الأصيل

(ألا ترى) أن الطالب كان يطالبه به حالا فكذلك الكفيل يطالبه حالا بعد الأداء بخلاف ما سبق والكفالة بالقرض إلى أجل مسمى جائزة لأن بدل القرض مضمون تجري النيابة في أدائه فتصح الكفالة به وهو على الكفيل إلى أجل وعلى المكفول عنه حالا لما بينا أن الكفيل إنما التزم المطالبة بالعقد وذلك يقبل التأخير بالتأجيل

ولو كفل رجل مالا عن رجل ثم كفل به عن الكفيل كفيل آخر وأخر الطالب عن الأصيل سنة فهو تأخير عن الكفيلين لأن أصل المال في ذمة الأصيل فإذا صار ما في ذمته مؤجلا ثبت الأجل فيما هو بناء عليه

(ألا ترى) أنه لو أبرأ الأصيل منها برئ الكفيلان جميعا

وإن أخر عن الكفيل الأول فهو تأخير عنه وعن الكفيل الآخر والمال على الأصيل حال اعتبار التأجيل بالإبراء وهذا لأن المطالبة التي التزمها الكفيل الثاني بناء على المطالبة التي هي على الكفيل الأول فالتأجيل في حق الكفيل الأول يكون تأجيلا في حق الثاني دون الأصيل

ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم إلى سنة ثم أن الكفيل باع الطالب بها عبدا قبل الأجل وسلمه إليه فاستحق العبد فالمال على الكفيل إلى أجله بمنزلة ما لو كانت هذه المعاملة للطالب مع الأصيل وهذا لأن الأجل إنما سقط حكما للعقد وقد انتقض العقد من الأصيل باستحقاق العبد فكان المال عليه إلى أجله وكذلك لو رده المشتري بعيب بقضاء قاض لأن الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد من الأصل

ولو رد بغير قضاء قاض ولم يسم أجلا فالمال حال على الكفيل لأن هذا بمنزلة الإقالة بمنزلة العقد الجديد فإنها تعتمد التراضي إلا أنها جعلت فسخا فيما بين المتعاقدين فيما هو من أحكام العقد الذي جرى بينهما والأجل ليس من ذلك في شيء فكان في حكم الأجل هذا بمنزلة عقد مبتدأ فلا يثبت الأجل في بدله إلا بالشرط

ولو كان قضاه الألف معجلة نبهجرة فوجدها ستوقة فردها عليه كان المال عليه إلى أجله لأنه تبين أنه ما صار قابضا لدينه وسقوط الأجل من حكم قبضه فإذا لم يصر قابضا كان المال مؤجلا عليه

وكذلك إن وجدها زيوفا فردها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لأن الرد بعيب الزيافة فسخ للقبض من الأصل بدليل أن الراد ينفرد به وأن يرجع بموجب العقد والعقد لا يوجب التسليم مرتين فلو لم ينتقض القبض من الأصل ما كان له أن يرجع بموجب العقد وهذا لأن الزيوف غير الجياد التي هي دين في الذمة فالمقبوض إنما يكون حقا له على أن يتجوز به فإذا لم يتجوز به ورده عرف أن المقبوض لم يكن حقا له وسقوط الأجل كان باعتبار أنه قبض حقه فإذا انعدم ذلك بقي الأجل كما كان

وإن كان حين أعطاه المال أعلمه أنها زيوف فهو جائز لأنه تجوز بدون حقه فيصير الكفيل به قابضا دينه ولا يجعل هذا مبادلة للأجل بالصفة لأنه كان من غير شرط بينهما وإنما تتحقق المبادلة إذا كان شرط ثم يرجع الكفيل على الأصيل بالجياد لأنه بالكفالة استوجب ذلك عليه

ولو أن الكفيل أحاله بالمال على رجل إلى أجل أو حال فمات المحتال عليه مفلسا رجع المال على الكفيل إلى أجله لأن الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا على ما بينا فإنما يعود الحكم الذي كان قبل الحوالة وهو أن المال عليه إلى أجله

ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على أحدهما إلى سنة وعلى الآخر إلى سنتين فهو جائز لأن هذا هو الشرط لما جاء في الحديث الشرط أملك أي يجب الوفاء به إذا أمكن وهو ممكن هنا لما بينا أن ما يلتزمه كل واحد من الكفيلين ينفصل عما يلتزمه الآخر في حكم الأجل

فإن حل الأجل على صاحب السنة بأدائه رجع به على الأصيل لأن المال عليه حال وقد كفل هذا الكفيل عنه بأمره وأداؤه لا يرجع به على الكفيل الآخر حتى تمضي سنة أخرى لأن المال عليه مؤجل إلى سنتين وهو كفيل عنه إلى

سنة فكما أن الطالب لا يطالبه بذلك إلا بعد سنتين فكذلك المؤدي عنه بحكم الكفالة لا يطالبه بشيء منه حتى تمضي السنتان

ولو كان الأصيل باع الطالب عبدا بالمال وسلمه إليه برئ الكفيل من الكفالة لبراءة الأصيل فإن رد الطالب العبد عليه بعيب بغير قضاء قاض لم يرجع المال على الكفيل لأن هذا الرد بمنزلة عقد مبتدأ في حق الكفيل وإن رده بقضاء قاض أو استحق العبد من يده رجع المال على الكفيل لأن بهذا السبب ينفسخ العقد من الأصل في حق الكل فيعود ما كان قبل العقد وهو المال على الأصيل والكفيل جميعا وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة أو إلى سنة فأحاله بها على رجل إلى سنة ثم مات المحيل وهي على المحتال عليه إلى الأجل لأن بالحوالة تحول أصل المال إلى ذمة المحتال عليه وثبت الأجل حقا له وهو حي محتاج إلى الأجل فيبقى الأجل في حقه بعد موت المحيل

وإن مات المحتال حل المال عليه لأنه استغنى عن الأجل بموته فإن لم يترك وفاء رجع المال إلى المحيل فإن كان إلى أجل فهو عليه إلى ذلك الأجل وإن لم يكن له أجل فهو حال عليه لأن الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا فعاد ما كان من الحكم قبل الحوالة

ولو كان لرجل على رجل ألف درهم قرض وللمطلوب على آخر ألف درهم قرض فأحال المطلوب الطالب بالألف التي للمطلوب على الآخر إلى سنة فهو جائز وهي له إلى سنة لأنها إنما تجب للطالب على المحتال عليه بعقد الحوالة والواجب بعقد الحوالة كالواجب بعقد الكفالة في صحة اشتراط الأجل فيه وليس للمحيل أن يأخذ المحتال عليه بالألف التي كانت له عليه لأنه إنما قبل الحوالة مقيدة بذلك المال فصارت مشغولة بحق الطالب ولا يبقى للمحيل سبيل على أخذها لو كانت عينا له في يد المحتال عليه فكذلك إذا كانت دينا في ذمته وإن أبرأه منها أو وهبها له لم يجز لأن حق الطالب تعلق بها وذلك يوجب الحجر على المحيل عن التصرف فيها ولو صح منه هذا التصرف بطل حق الطالب قبل المحتال عليه لأنه ما التزم الحوالة بالمال مطلقة وإنما التزمها مقيدة بذلك المال فإذا سقطت عنه بالإبراء أو الهبة لم يبق عليه مطالبة بشيء

(ألا ترى) أن الحوالة لوكانت مقيدة بوديعة في يد المحتال عليه فهلكت تلك الوديعة بطلت الحوالة

فإن مات المحيل وعليه دين فما كان قبض المحتال له في حياته فهو له وما لم يقبضه فهو بينه . وبين الغرماء

وعلى قول زفر – رحمه الله – الطالب أحق به من الغرماء لأنه بمنزلة المرهون وقد تقدم بيان هذه المسألة فيما أمليناه من شرح الزيادات

ولو أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم إلى سنة ثم أن المحتال عليه ترك الأجل وجعلها حالة كان ذلك جائزا لأن الأجل حقه فيسقط بإسقاطه كما لو أسقط الأصيل الأجل قبل الحوالة فإن أداها لم يرجع بها على الأصيل المحيل حتى يمضي الأجل لأن إسقاط الأجل صحيح في حقه لا في حق المحيل

ولو كان دينا للمحيل على المحتال عليه ثم أن المحيل قضى المال من عنده كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وليس هذا بتطوع منه لأن أصل دينه بقي على المحتال عليه إلا أنه كان لا يطالبه به لاشتغاله بحق الطالب

فإذا زال ذلك الشغل بأن قضاه المال من عنده نفسه كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وإنما لم يجعل هذا تطوعا منه لأنه قصد به تخليص ذمته عن حق الغرماء بخلاف ما إذا قضاه عنه غيره فإنه يكون متطوعا في ذلك لأنه ما قصد هذا المؤدي تخليص شيء لنفسه وهو نظير المعير للرهن إذا قضى الدين لم يكن متبرعا فيه بخلاف ما إذا قضاه غيره

وإذا كان المؤدي متطوعا كان المال الذي عليه له لا سقوط دين الطالب عنه بإبراء المتطوع كسقوطه بأداء نفسه

ولو أحال رجل بمال لابنه الصغير على رجل إلى رجل لم يجز وكذلك الوصي لأن الحوالة إبراء الأصيل والأب والوصي لا يملكان الإبراء في دين الصغير

وكذلك الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل ذلك والمراد الوكيل بالقبض لأنه ثابت في الاستيفاء وقبول الحوالة إبراء للأصيل وليس باستيفاء فأما الوكيل بالعقد إذا أحال رجل على رجل بمال إلى أجل ثم أن المحتال عليه أحاله على آخر إلى أجل مثل ذلك أو أكثر أو أقل لم يكن له أن يرجع على الطالب حتى يقبض الطالب ماله لأن بالحوالة لم يصر الطالب مستوفيا شيئا والمال بعرض العود على الأصيل فإنه تنفسخ الحوالتان بموت المحتال عليه عليهما مفلسين

ولو احتال رجل على رجل بمال إلى أجل ثم مات المحتال عليه وترك وفاء وعليه دين فكان في طلب الغرماء وقسمته تأخير بعد الأجل لم يكن للطالب أن يرجع على الأصيل حتى ينظر إلى ما يصير أمره لأن الحوالة باقية بعد موت المحتال عليه مليا فإن تركته خلف فيما هو المقصود وهو قضاء الدين منه ومع بقاء الحوالة لا سبيل للطالب على المحيل في المطالبة بشيء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ." (١)

" (قال) الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي – رحمه الله – إملاء اعلم بأن الصلح عقد جائز عرف جوازه بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير ﴾ (النساء : ١٢٨) وفي هذا بيان أنه نهاية في الخيرية

وأما السنة فما روي أن النبي – صلى الله عليه و سلم – (صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين)

ودخل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – المسجد فرأى رجلين يتنازعان في ثوب فقال لأحدهما : (هل لك إلى الشطر هل لك إلى الثلثين فدعاهما إلى الصلح) وما كان يدعوهما إلا إلى عقد جائز

وقال النبي – صلى الله عليه و سلم – (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما) وهكذا كتب علي – رضي الله عنه – إلى أبي موسى الأشعري – رضي الله عنه – (كل صلح جائز بين الناس إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما) وهذا اللفظ من الأول لكتاب عمر – رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري قد اشتهر فيما بين الصحابة – رضوان الله عليهم فما ذكر فيه فهو كالمجمع عليه منهم وبظاهر هذا الاستثناء استدل الشافعي – رحمه الله – لإبطال الصلح على الإنكار فإنه صلح حرم حلالا لأن المدعي إن كان محقا كان أخذ المال حلالا له قبل الصلح

---

(١) المبسوط، ٢٧/٧

وحرم بالصلح وإن كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه - قبل الصلح فهو صلح حرم حلالا وأحل حراما

ولكنا نقول : ليس المراد هذا فإن الصلح عن الإقرار لا يخلو عن هذا أيضا لأن الصلح في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح فعرفنا أن المراد غير هذا

والصلح الذي حرم حلالا وهو أن يصالح إحدى زوجتيه على أن لا يطأ الأخرى أو يصالح زوجته على أن لا يطأ جاريته والصلح الذي أحل حراما هو أن يصالح على خمر أو خنزير وهذا النوع من الصلح باطل عندنا وحمله على هذا أولى لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه

(ثم ذكر عن علي - كرم الله وجهه) - أنه أتي في شيء فقال : إنه لجور ولولا أنه صلح لرددته وفيه دليل جواز الصلح ومعنى قوله لجور أي هو مائل عما يقتضيه الحكم أو عما يستقر عليه اجتهادي من حكم الحادثة والجور هو الميل قال الله تعالى : ﴿ ومنها جائر ﴾ (النحل : ٩) أي مائل وفيه قال : (إن الصلح على خلاف مقتضى الحكم جائز بين الخصمين) لأنه يعتمد التراضي منهما وبالتراضي ينعقد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما إلى الآخر بعوض أو بغير عوض فهذا لم يرده علي - رضي الله عنه

وذكر عن شريح - رحمه الله - أنه قال : أيما امرأة صولحت على ثمنها لم يتبين لها كم ترك زوجها فتلك الريبة وفي بعض الروايات الربية ومعنى اللفظ الأول الشك يعني إذا لم يتبين لها كم ترك زوجها فذلك يوقعها في الشك لعل نصيبها أكثر مما أخذت وقوله الربية تصغير الربا يعني إذا لم يتبين لها كم ترك زوجها يتمكن في هذا الصلح شبهه الربا بأن يكون نصيبها من جنس ما أخذت من النقد مثل ما أخذت أو فوقه وفيه دليل أنه يجوز للورثة أن يصالحوا بعضهم على شيء يخرجوه بذلك من مزاحمتهم وأن جهالة ما يصالح عنه لا يمنع جواز الصلح لأن الجهالة إنما تفسد العقد لتعذر التسليم معها والمصالح عنه لا يستحق تسليمه بالصلح فجهالته لا تمنع جواز الصلح ثم إذا صولحت المرأة على ثمنها

فإن كان بعض تركة الزوج دينا على الناس فصالحوها عن الكل فهو باطل لأنها تصير مملكة نصيبها من الدين من سائر الورثة بما تأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز فإذا فسد العقد في حصة الدين فسد في الكل وهو دليل لأبي حنيفة - رحمه الله - في مسألة البيوع أن العقد الواحد إذا فسد في البعض المعقود عليه فسد في الكل

وهما يقولان حصة العين هنا من البدل المأخوذ غير معلومة والدين ليس بمال أصلا ما لم يقبض فلا يكون محلا للتمليك ببدل فهو كما لو جمع بين حر وعبد في البيع بثمن واحد فلهذا يفسد العقد في الكل وإن صالحوها من حصتها من العين خاصة

وإن لم يكن في التركة دين فهو على ثلاثة أوجه أحدها أن يصالحوها على أحد النقدين أما الدراهم أو الدنانير فهو جائز إلا أن يكون في التركة من جنس ذلك النقد مقدار ما يكون نصيبها من ذلك الجنس أكثر مما أخذت فحينئذ لا يجوز لأن مبادلة مال الربا بحصته لا يجوز إلا بطريق المماثلة فإن كان نصيبها أكثر مما أخذت كان الفضل في هذا الجنس من نصيبها من سائر التركة ربا وكذلك إن كان نصيبها ثمن هذا الجنس مثل ما أخذت فنصيبها من سائر التركة يكون فضلا خاليا عن العوض وهو الربا بعينه

وإن وقع الصلح عن الدراهم والدنانير فذلك جائز وإن كان في التركة من النقدين ما يكون نصيبها من كل جنس أكثر مما أخذت بطريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس فتصحيح العقود بحسب الإمكان واجب والصلح أولى بذلك من غيره لأن المقصود به قطع المنازعة لما في امتدادها من الفساد والله لا يحب الفساد فإن صالحوها على عرض فهو جائز لأنه وقع عليه الصلح بنفس مال الربا فسواء كان في التركة من جنس ما وقع عليه الصلح ما يكون نصيبها أكثر مما أخذت أو لم يكن فذلك لا يؤدي إلى الربا

قال الحاكم – رحمه الله – (إنما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من الربا في حال التصادق) وقد بينا ذلك في موضع آخر من هذا الكتاب فأما حال المناكرة فالصلح جائز لأن مع الإنكار ليس لها حق مستقر وفي ذلك الجنس أكثر مما أخذت وعند الإنكار المعطي يؤدي المال لقطع المنازعة والخصومة ويفدي به يمينه فلا يتمكن فيه الربا على ما بينه وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه . أنه قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن وفيه دليل أن القاضي لا ينبغي له أن يعجل وأنه مندوب إلى أن يرد الخصوم ليصطلحوا على شيء ويدعوهم إلى ذلك فالفصل بطريق الصلح يكون أقرب إلى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين ولكن هذا قبل أن يستبين وجه القضاء فأما بعد ما استبان ذلك فلا يفعله إلا برضا الخصمين ولا يفعله إلا مرة أو مرتين لما في الإطالة من الإضرار بمن ثبت الاستحقاق له في تأخير حقه ولأن ذلك يجر إليه تهمة الميل وعلى القاضي أن يتحرز عن ذلك بما يقدر عليه

وعن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبدالرحمن بن عوف – رضي الله عنه – صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة – رضوان الله عليهم – في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكان له أربع نسوة فحظها ربع الثمن وهو جزء من اثنين وثلاثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءا وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يشر لذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانون ألف دينار فهذا دليل ثروة عبدالرحمن بن عوف – رضي الله عنه – ويساره وكان قد قسم لله تعالى ماله أربع مرات في حياته تصدق في كل بالنصف وأمسك النصف فهو دليل على أنه لا بأس بجمع المال واكتساب الغني من حله فابن عوف من الصحابة العشرة الذين شهد لهم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بالجنة وأيد هذا القول قوله صلى الله عليه و سلم : (نعم المال الصال ح للرجل الصالح) ولكن مع هذا ترك الجمع والاستكثار وإنفاق المال في سبيل الله تعالى أولى وهو الطريق الذي اختاره رسول الله – صلى الله عليه و سلم – لنفسه بقوله صلى الله عليه و سلم : (اللهم أحيني مسكينا وأمتني مسكينا واحشرني في زمرة المساكين) وفي حديث عبدالرحمن – رضي

الله عنه – ما يدل عليه فإن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال له (ما أبطأ بك عني يا عبدالرحمن ؟ قال : وما ذاك يا رسول الله ؟ فقال رسول الله – صلى الله عليه و سلم – : إنك آخر أصحابي لحوقا بي بعد القيامة وأقول : أين كنت فيقول : منعني عنك المال كنت محبوسا ما تخلصت إليك حتى الآن)

وذكر عن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال : يتخارج أهل الميراث يعني يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح وذلك جائز لما فيه من تيسير القسمة عليهم فإنهم لو اشتغلوا بقسمة الكل على جميع الورثة ربما يشق عليهم ويدق الحساب أو تتعذر القسمة في البعض كالجوهرة النفيسة ونحوها فإذا أخرجوا البعض بطريق الصلح تيسر على الباقين قسمة ما بقي بينهم فجاز الصلح لذلك

وعن محمد بن سيرين – رحمه الله – قال : ما رأيت شريحا – رحمه الله – أصلح بين الخصمين إلا امرأة استودعت وديعة فاحترق بيتها فناولتها جارة لها فضاعت فأصلح بينهما على مائة وثمانين درهما وفيه بيان أنه كان من عادة شريح – رحمه الله – الاشتغال بطلب الحجة . التي يفصل الحكم بها وما كان يباشر الصلح بين الخصمين بنفسه وكان يقول إنما حبس القاضي لفصل القضاء ولأجله تقدم إليه الخصمان وللصلح غير القاضي فينبغي للقاضي أن يشتغل بما تعين له ويدع الصلح لغيره إلا أنه في هذه الحادثة لأجل الاشتباه وتعارض الأدلة دعاهما إلى الصلح فإن المودع إذا وقع الحريق في بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا في القياس وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لأن الدفع إلى الغير في هذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فأن المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع إلى الغير فهذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فإن المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع إلى أجنبي فلاشتباه الأدلة أصلح بينهما على مال وذكر هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة – رضي الله (عنهما أن بريرة – رضي الله عنها – أتتها تسألها فقالت : إن شئت عددتها لأهلك عدة واحدة وأعتقتك فذكرت ذلك لأهلها فقالوا : لا إلا أن يكون الولاء لنا فذكرت ذلك عائشة – رضي الله عنها – لرسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال صلوات الله عليه وسلامه (الولاء لمن أعتق فاشترتها وأعتقتها) . وخطب رسول الله صلى الله عليه و سلم وقال : (ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى شروط الله أوثق وكتاب الله أحق وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ما بال أقوام يقول أحدهم أعتق يا فلان والولاء لي وإنما الولاء لمن أعتق) وقد تقدم بيان فوائد هذا الحديث في كتاب الولاء وإنما ذكرناه هنا ليتبين أن الزيادة التي تؤدي أ ن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال لها : (اشترى واشترطي فإنما الولاء لمن أعتق) وهم من هشام بن عروة كما ذكره أبو يوسف – رحمه الله – في الأمالي فإن ذلك من الغرور وما كان لرسول الله – صلى الله عليه و سلم – يأمر أحدا بالغرور

ومقصوده من إيراد الحديث هنا بيان أن يجوز بطريق الصلح **والتراضي** ما لا يجوز بدونه فإن بريرة – رضي الله عنها – كانت مكاتبة وقد اشترتها عائشة – رضي الله عنها – برضاها ولولا ذلك ما جاز شراؤها

وفيه دليل أنه إنما يجوز أن يشترط في الصلح ما لا يكون مخالفا لحكم الله تعالى فأما الذي يكون مخالفا لحكم الله تعالى لا يجوز اشتراطه في الصلح لقوله صلى الله عليه و سلم : (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل

وإن كان مائة شرط) معناه ليس في حكم الله تعالى فالمراد بالكتاب الحكم كما قال الله تعالى : ﴿كتاب الله عليكم ﴾

وذكر عن علي – كرم الله وجهه (أنه أتاه رجلان يختصمان في بغل فجاء أحدهما بخمسة رجال فشهدوا أنه أنتجه وجاء الآخر بشاهدين شهدا أنه أنتجه فقال علي – كرم الله وجهه – للقوم ما ترون فقالوا : افض لأكثرهما شهودا فقال علي – رضي الله عنه – لعل الشاهدين خير من الخمسة ثم قال علي – رضي الله عنه – فيها قضاء وصلح وسأنبئكم بذلك أما الصلح فإنه يقسم بينهما على عدد الشهود وأما القضاء فيحلف أحدهما ويأخذ البغل فإن تشاحا على اليمين أقرعت بينهما بخمسة أسهم ولهذا سهمين فأيهما خرج سهمه استحلفته . وغلظت عليه اليمين ويأخذ البغل) وفي هذا دليل على أن البينة على النتاج مقبولة في الحيوان وأن القاضي ينبغي له عند الاشتباه أن يستشير جلساءه كما فعله علي – رضي الله عنه – ثم أشاروا عليه بالقضاء لأكثرهما شهودا لنوع من الظاهر وهو أن طمأنينة القلب إلى قول الخمسة أكثر من طمأنينة القلب إلى المثنى و رد علي – رضي الله عنه – ذلك عليهم لفقه خفي وهو أن طمأنية القلب باعتبار معنى العدالة فلذلك ترجح جانب الصدق في الخبر ولعل الشاهدين في ذلك خير من الخمسة ثم الترجيح عند التعارض يكون بقوة العلة لا بكثرة العلة وفي حق من أقام خمسة زيادة عدد في العلة فشهادة كل شاهدين حجة تامة يثبت الاستحقاق بها والترجيح بما لا يثبت الاستحقاق به ابتداء فأما ما يثبت به ابتداء الاستحقاق لا يقع الترجيح به فلهذا لم يرجح أكثرهما شهودا ثم قال فيها قضاء وصلح وهو دليل على أن الصلح جائز على غير الوجه الذي يقتضيه الحكم وأن الصلح بين الخصمين مع الإنكار جائز ثم بين وجه الصلح وهو أن يكون بينهما على عدد الشهود لأحدهما خمسة أسباعه وللآخر سبعاه وكأنه اعتبر هذا الظاهر الذي أشار إليه القوم ولكن لما كان لا يؤخذ به إلا عند اتفاق الخصمين عليه سماه صلحا وأما القضاء لأحدهما بأخذ البغل فهذا مذهب لعلي – رضي الله عنه – فقد كان يستحلف المدعي مع البينة وكان يحلف الشاهد والراوي فكأنه جعل يمين أحدهما مرجحة لجانبه باعتبار أن الاستحقاق باليمين لا يثبت ابتداء فيقع الترجيح بها كقرابة الأم في استحقاق العصوبة فإن الأخ لأب وأم يقدم في العصوبة على الأخ لأب لأن العصوبة لا تثبت بقرابة الأم ابتداء فتقوى بها عليه العصوبة على الأخ لأب

ولسنا نأخذ بهذا فقد ثبت عندنا أنه لا معتبر بيمين المدعي وقد قررنا ذلك فيما سبق ثم قال فإن أداها على اليمين أقرعت بينهما لهذا بخمسة ولهذا بسهمين وهو عود منه إلى وجه الصلح وبهذا يستدل الشافعي – رحمه الله – في استعمال القرعة عند تعارض الحجج في دعوى الملك

ولسنا نأخذ بهذا لأنه في معنى القمار ففيه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وإنما يستعمل القرعة عندنا فيما يجوز الفصل فيه من غير إقراع وقد بيناه في كتاب القسمة

وحكم الحادثة عندنا أن يقضي بالمدعى بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة وقد بينا ذلك في كتاب الدعوى وروينا فيه من الأثر والمعنى ما يكون الأخذ به أولى من الأخذ بقول علي – رضي الله عنه – فإنه بناه على مذهبه الذي تفرد به وهو استحلاف المدعي مع الحجة والأمة قد اجتمعت على خلافه والله أعلم بالصواب ." (١)

" (قال رحمه الله) (قد ذكرنا في كتاب الشفعة أن صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه : في وجه يصح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن) لأن حصته مجهولة ولا تبطل شفعته لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح وفي وجه تبطل شفعته ولا يجب المال وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري فهنا تبطل شفعته لوجود الإعراض منه عن الأخذ بالشفعة ولا يجب المال لأن ملك المشتري في الدار لا يتغير بهذا الصلح بل يبقى على ما كان قبل الصلح وترك الشفعة ليس بمال ولا يؤول مالا بحال فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز بخلاف القصاص فإن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح تحدث له العصمة في حقه فيجوز أن يلزمه بمقابله

ولو صالح المشتري الشفيع على أن أعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئا معلوما فهو جائز لأن تسليم الدار بالشفعة بثمن بغير قضاء يكون بيعا مبتدأ والثمن الذي وقع عليه **التراضي** معلوم فكأنه باعه منه مرابحة بما سميا من الثمن

وإذا اختصم في الشفعة شريك وجار فاصطلحا على أن أخذاها نصفين وسلمهما المشتري جاز كما لو باعها منهما ابتداء

وإذا اشترى الرجل دارا فخاصمه رجل في شقص منها وطلب الشفعة فيما بقي ثم صالحه المشتري على نصف الدار بنصف الثمن على أن يبرأ من الدعوى فهو جائز بمنزلة البيع المبتدأ فإن بيع نصف الدار منه بالثمن ابتداء صحيح وشرط البراءة من الدعوى لا يبطل البيع أما إذا لم يكن مشروطا فتصحيح هذا بعقد ممكن بأن كان للمدعي جزء من هذا النصف فيكون المدعي تاركا للدعوى فيه بإقدامه على الشراء ابتداء وقابضا لذلك الشقص بحقه مشتريا لما زاد عليه بما سمي من الثمن أو مصالحا في ذلك الشقص بعوض يؤديه مشتريا فيما زاد عليه

ولو ادعى في دار في يد رجل حقا أو ادعاها كلها فصالحه على دراهم فلا شفعة للشفيع فيها لأن المدعى عليه يزعم أن الدار له على قدم ملكه وزعمه فيما في يده معتبر فكما لا يتمكن المدعي من أخذ ما في يده باعتبار زعمه فكذلك الشفيع وقد بينا أن بإقدامه على الصلح لا يصير مقرا للمدعي بالدار وإنما التزم البدل فداء ليمينه . وإن خاصمه في الشفعة فسلم له نصف الدار بنصف الثمن الذي صالح عليها المدعي جاز كما لو باعه منه ابتداء ولو اشترى أرضا فسلم الشفيع الشفعة ثم جحد التسليم وخاصمه فصالحه على أن أعطاه نصف الدار بنصف الثمن جاز وهذا والبيع المبتدأ منه سواء

وكذلك لو مات الشفيع ثم صالح الورثة المشتري على نصف الدار بنصف الثمن جاز كالبيع المبتدأ

---

(١) المبسوط، ٥٩/٧

وإذا ادعى الرجل شفعة في دار فصالحه المشتري على أن يسلم له دارا أخرى بدراهم مسماة على أن يسلم له الشفعة فهذا فاسد لا يجوز لأنه بائع الدار الأخرى منه وقد شرط فيه تسليم الشفعة وهو شرط ينتفع به أحد المتعاقدين فإذا شرط في البيع فسد العقد كما لو باعه عبدا بألف درهم على أن يسلم له الشفعة

ولو ادعى شفعة في عبد فصالحه المشتري على أن يسلم نصف العبد بنصف الثمن وهو معلوم عندهما جاز لأنه بيع مبتدأ والبيع ينعقد بلفظ التسليم وبفعل التسليم وإن لم يكن هناك لفظ كما هو مذهبنا في انعقاد البيع صحيحا بالتعاطي والله أعلم بالصواب ." (١)

" (قال رحمه الله) (اعلم بأن القياس يأبى جواز المهايأة) لأنها مبادلة المنفعة بجنسها وكل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته ولكن تركنا القياس وجوزناه للكتاب والسنة

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ (الشعراء : ١٥٥) وهذا هو المهايأة

وأما السنة فما روي أن الرجل الذي خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال صلوات الله عليه (ماذا تصدقها قال : نصف إزاري هذا قال صلى الله عليه و سلم : ما تصنع بإزارك إن لبسته لم يكن عليها منه شيء وإن لبسته لم يكن عليك شيء) وهذا تفسير المهايأة ولأن المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض كالأعيان ثم القسمة في الأعيان المشتركة عند إمكان التعديل جائزة فكذلك في المنافع المشتركة ولهذا يجبر القاضي الشركاء على المهايأة إذا طلب ذلك بعضهم وأبى البعض والذي أبى لم يطلب قسمة العين والأصل أن اختصاص العقد باسم لاختصاصه بحكم يدل عليه معنى ذلك الاسم فقسمة المنافع لما اختصت باسم المهايأة فذلك دليل على اختصاصها بمعنى يدل عليه هذا الاسم وهو أن وصول نصيب أحدهما إليه يسبق وصول نصيب الآخر إليه بخلاف قسمة العين وهذا العقد ليس كالإجارة في جميع الأحكام لأن في الإجارة يستحق منفعة العين بالعقد وهنا ما يستوفيه كل واحد منهما بل يجعل في الحكم كأنه منفعة ملكه على ما هو موضوع القسمة من العين وكون معنى المعاوضات فيه بيعا وليس في عين الجارية أيضا لهذا المعنى ولأن العارية لا يتعلق بها الاستحقاق ويتعلق بالمهايأة فمن هذا الوجه تشبه الإجارة ولكن الاستحقاق في المهايأة دون الاستحقاق في الإجارة على معنى أن هناك لا ينفرد أحدهما بالفسخ بغير عذر وهنا يملك أحد الشريكين فسخ المهايأة بطلب القسمة لأن الأصل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك قسمة العين والمهايأة خلو عنه

(ألا ترى) أن في الابتداء لو طلب أحدهما قسمة العين لم يشتغل القاضي بينهما بالمهايأة فكذلك في الانتهاء إذا طلب ما هو الأصل وهو قسمة العين لا تستدام المهايأة بينهما ثم العارية والإجارة تبطل بموت أحدهما وقسمة الشركة تبطل بموت أحدهما عند محمد وعند أبي يوسف – رحمه الله – لا تبطل والمهايأة لا تبطل بموت أحد الشريكين لأنا لو أبطلناها احتجنا إلى إعادتها فالشريك الحي أو وارث الميت طالب لذلك ولا فائدة في نقض شيء يحتاج إلى إعادته في الحال ثم المهايأة قد تكون بالمكان وقد تكون بالزمان فصورة المهايأة بالمكان فيما بدئ الباب به

---

(١) المبسوط، ٦٣/٧

قال : (دار بين رجلين تهايآ فيها على أن يسكن كل واحد منهما منزلا معلوما وأن يؤاجر كل حصة منزله فهو جائز ولا حاجة إلى بيان المدة في صحة هذا العقد) لأن المهايأة قسمة المنفعة المشتركة وفي قسمة العين لا حاجة إلى بيان المدة فكذلك في قسمة المنفعة المشتركة ولأن الحاجة إلى بيان المدة في الإجارة لمعرفة مقدار ما يستحق من المنفعة من تلك العين على وجه به تنقطع المنازعة وكل واحد منهما هنا يستوفي المنفعة باعتبار أنه ملكه والمنازعة تنقطع ببيان منزل لكل منهما ثم إن كانا شرطا في المهايأة أن يؤاجر كل واحد منهما منزله فذلك جائز

وإن لم يشترطا ففي ظاهر المذهب لكل واحد منهما أن يفعل ذلك في نصيبه وما يستوفي من الغلة حلال له

وكان أبو علي الشاشي - رحمه الله - يقول : ليس لكل واحد منهما إلا ما شرط لأن كل واحد منهما منتفع بنصيب صاحبه حقيقة فالمنزل الذي في يده مشترك بينهما وليس ذلك بحكم المعاوضة بينهما لأن معاوضة المنفعة بجنسها لا تجوز فعرفنا أن ذلك بطريق الإباحة والإعارة والمستعير لا يؤاجر بمطلق العقد ووجه ظاهر الرواية أن المهايأة قسمة المنفعة فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يجعل مستحقا له باعتبار قديم ملكه لأن المنفعة جنس واحد لا يتفاوت بمنزلة القسمة في المكيل والموزون وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له لا من جهة غيره سواء شرط ذلك أو لم يشترط وليس لأحدهما أن يحدث في منزله بناء ولا ينقضه ولا يفتح بابا في حائط ولا كوة إلا برضا صاحبه لأن العين تبقى مشتركة بينهما كما كانت قبل المهايأة وأحد الشريكين لا يستبد بشيء من هذه التصرفات في الملك المشترك ما لم يرض به صاحبه وبالمهايأة إن ما تثبت القسمة في المنفعة ففيما ليس من المنفعة حالهما بعد المهايأة كما قبلها

وكذلك لو تهايآ على أن يكون السفل في يد أحدهما والعلو في يد الآخر لأن كل واحد منهما مسكن بمنزلة المنزلين في علو أو سفل وكذلك التهايؤ في الدارين على السكنى والغلة جائز

وكان الكرخي - رحمه الله - يقول : المراد إذا تراضيا عليه فأما عند طلب بعض الشركاء فالقاضي لا يجبر على ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - بمنزلة القسمة للعين وقد بينا في كتاب القسمة أن قسمة الجبر لا تجري في الدور عند أبي حنيفة - رحمه الله - بهذه الصفة فكذلك التهايؤ والأظهر أن القاضي يجبر عليه عند طلب بعض الشركاء لأن القسمة في المهايأة تلاقي المنفعة دون العين ومنفعة السكنى تتقارب ولا تتفاوت إلا يسيرا بخلاف قسمة العين فالمعادلة في المالية هناك معتبرة والدور تختلف في المالية باختلاف المكان والجيران ولهذا كان لكل واحد منهما أن يؤاجر ما في يده ويأكل غلته لأن المنفعة سالمة له بهذه القسمة باعتبار قديم ملكه

(ألا ترى) أن في الدارين إذا غلت ما في يد أحدهما أكثر مما غلت ما في يد الآخر فليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بشيء بخلاف الدار الواحدة فهناك إذا تهايآ فيها على الاستغلال فكانت غلة نصيب أحدهما في نوبته أكثر فذلك الفضل بينهما لأن في الدارين معنى القسمة والتمييز بالتراجع على معنى أن كل واحد منهما يصل إلى المنفعة والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه فما يستوفيه كل واحد منهما عوض عن قديم ملكه يستوجبه بعقده فيسلم له وفي الدار الواحدة كل واحد منهما بمنزلة الوكيل من صاحبه في إجارة نصيبه في نوبته إذا تهايئا على الاستغلال فإنما يكون ذلك بالزمان وأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها وذلك لا يكون قضية القسمة فلا بد أن يجعل

كل واحد منهما بمنزلة وكيل عن صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عوض عما يقبض صاحبه من عوض نصيبه فعند التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا

ويوضح هذا أن الفرق على ما ذهب إليه الكرخي – رحمه الله – أن في المهايأة في الدارين يعتمد التراضي عند أبي حنيفة – رحمه الله – ظاهر

وعندهما قسمة الجبر في الدارين عند أبي حنيفة – رحمه الله – لا تجري إلا إذا رأى القاضي المصلحة فيه وعند التراضي يسلم لكل واحد منهما ما رضي به صاحبه وفي الدار الواحدة لا يعتبر التراضي في المهايأة فلا بد من اعتبار المعادلة فيما هو المقصود بالمهايأة فلهذا يتراجعان فضل الغلة والمهايأة في النخل والشجر على كل الغلة باطل لأن غلة النخل والشجر لا يجوز استحقاقها بعقد الإجارة فلا تستحق بالمهايأة أيضا وهذا لأنها عين تبقى بعد حدوث ويتأتى فيها قسمة العين وإنما جواز المهايأة فيما لا يتأتى فيها القسمة بعد الوجود حقيقة أو ما يكون عوضا منه كغلة الدار ونحوها ولهذا لا تجوز المهايأة في الغنم على الأولاد والألبان والأصواف لأنها عين تحتمل القسمة بعد الوجود حقيقة

ولو ادعى في دار حقا فتهايآ على أن ينزل بيتا منها من غير صلح على أن يكف عن الخصومة حتى يبدو له أن يخاصم على أنه لا يستحق من سكنى البيت شيئا ولا يلزمه بخروجه حق فذلك جائز لأن ذا اليد أعاره البيت والآخر ترك الخصومة زمانا ومثل هذا يجوز بالتراضي فيه ولا يتعلق به اللزوم وكل واحد منهما على حجته إذا بدا له والتهايؤ على الخدمة في العبد الواحد تجوز على الزمان هذا شهرا وهذا شهرا لأن اعتبار المعادلة في قسمة الخدمة بالزمان ممكن وذلك في العبدين إذا تهايآ على أن يخدم هذا العبد أحدهما والعبد الآخر الآخر فذلك جائز أما عندهما فلأن قسمة الجبر في الرقيق تجري فكذلك في خدمة الرقيق

وأما عند أبي حنيفة – رحمه الله – في الرقيق لا تجري قسمة الجبر لأن اعتبار المعادلة في المالية غير ممكن فإنها تختلف بمعان باطنة . لا يوقف على حدها وذلك لا يوجد في الخدمة والمهايأة في خدمة العبدين والمهايأة في خدمة العبد الواحد سواء

ولو تهايآ على الغلة في العبدين لم يجز في قول أبي حنيفة – رحمه الله

وجاز في قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – وفي العبد الواحد لا تجوز المهايأة في الغلة بالاتفاق فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجح في غلة العبدين لأن كل واحد منهما يصل إلى نصيبه في الوقت الذي يصل إلى صاحبه فيجوز ذلك كما في المهايأة في الخدمة وفي غلة الدارين فأما في العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب لأنه يصل أحدهما إلى الغلة قبل أن يصل الآخر إليه وفيه معنى الخطر وربما يمرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحدة لأن باعتبار العادة هناك الغلة تسلم لكل واحد منهما في نوبته والغالب هو السلامة

توضيحه : أن المهايأة في الغلة من وجه كالمهايأة في الخدمة لأن الغلة بدل المنفعة ومن وجه كالمهايأة في غلة النخل لأن ما يسلم لكل واحد منهما به عين فلشبهه بالمهايأة في الخدمة جوزنا ذلك في العبدين لترجح معنى القسمة فيها ولشبهه بالمهايأة في غلة النخل أبطلنا ذلك في العبد الواحد

وأبو حنيفة – رحمه الله – يقول : المقصود بهذه المهايأة سلامة سبب ملك الحيوان فلا يجوز كالمهايأة في غلة العبد الواحد وكالمهايأة في أولاد الغنم وألبانها وهذا لأن التهايؤ على الاستقلال لو كان يجوز في الرقيق لكان جوازه في العبد الواحد أولى لأن معنى المعادلة والتمييز فيه أظهر منه في العبدين فإذا لم يجز ذلك في العبد الواحد فأولى أن لا يجوز في العبدين وهذا لأن الآدمي في يد نفسه وربما لا ينقاد في الاستعمال وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ما هو المقصود بنفسه . في نوبته أو فيما في يده من العبد

وقيل هذه المسألة تنبني على اختلافهم في قسمة الرقيق فالمقصود لكل واحد منهما المالية هنا فأبو حنيفة – رحمه الله – لا يرى قسمة الجبر في الرقيق

وهما يريان قسمة الجبر في الرقيق فكذلك في غلة الرقيق ولهذا لا تجوز المهايأة في غلة العبد الواحد عندهم جميعا لأن القسمة لا تجري فيه بخلاف المهايأة للخدمة فالمقصود هناك المنفعة دون المالية فجاز ذلك في العبد الواحد والعبدين

وإذا كانت جارية بين رجلين فخاف كل واحد منهما صاحبه عليها فقال أحدهما : تكون عندك يوما وعندي يوما وقال الآخر : بل نضعها على يدي عدل فإني أجعلها عند كل واحد يوما ولا أضعها على يدي عدل إلا بتراضيهما لأن اليد مستحقة لكل واحد منهما كالملك فكما لا يجوز إبطال ملك العين عليهما بطلب أحدهما فكذلك إبطال ملك اليد وفي التعديل إبطال اليد على كل واحد منهما ولأن ما يخاف كل واحد منهما موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق وباعتبار الملك المتحقق لكل وحد منهما يستحق العبد في نوبته فلا يجوز إبطاله عن يد ما هو موهوم

فإن تنازعا فيمن يبدأ به في هذه المهايأة فالرأي في ذلك إلى القاضي يبدأ بأيهما شاء كما في القسمة والمهايأة في الخدمة والسكنى للقاضي أن يبدأ بأيهما شاء على وجه النظر دون الميل والأولى أن يقرع بينهما نفيا لتهمة الميل عن نفسه وقد بينا أن فيما للقاضي أن يفعله بغير إقراع يستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه

والتهايؤ على الركوب أو الغلة في الدابتين لا يجوز في قول أبي حنيفة – رحمه الله – فيما يعلمه أبو يوسف – رحمه الله

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – يجوز في الغلة كالركوب جميعا أما في الغلة فهو بناء على التهايؤ في غلة العبدين وقد بينا ذلك

وإنما صحت الراوية هنا عن أبي حنيفة – رحمه الله – فقال : فيما يعلم أبو يوسف – رحمه الله – لأن الدابتين في القسمة ليستا كالعبدين عند أبي حنيفة – رحمه الله – فقسمة الجبر في الدابتين تجوز ولا تجوز في العبدين ولكن لما كان المقصود أن ما يملكه كل واحد منهما بسبب ملك الحيوان يشبه هذا التهايؤ في الغنم على الأولاد والألبان فكذلك لا يجوزه أبو حنيفة – رحمه الله

وأما الكلام في المهايأة في ركوب الدابتين فأبو يوسف – ومحمد – رحمهما الله – يقولان : منفعة الركوب في الدواب كمنفعة الخدمة في العبيد والسكنى في الدار

(ألا ترى) أن استحقاق ذلك بالإجارة يجوز وكذلك استيفاؤه بالإعارة فكما لا تجوز المهايأة في خدمة العبدين فكذلك في ركوب الدابتين

وأبو حنيفة – رحمه الله – يقول : جواز المهايأة في خدمة العبدين باعتبار معنى المعادلة والتمييز وذلك في ركوب الدابتين غير ممكن فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة فرب راكب يروض الدابة ويثقلها الآخر ولهذا لو استأجر دابة أو استعارها ليركبها هو لم يكن له أن يركب غيره وبهذا الطريق يتعذر اعتبار معنى المعادلة بين الشريكين في الانتفاع بالدابتين ركوبا بخلاف الخدمة والسكنى وذلك لا يختلف باختلاف المستوفي

(ألا ترى) أن من استأجر عبدا للخدمة كان له أن يؤاجره من غيره وإذا ثبت بهذا الطريق أن التهايؤ على الدابتين في الركوب لا يجوز ثبت في الغلة بالطريق الأولى لأن استقلال الدواب بالإجارة ممن يركبها وذلك غير معلوم عند المهايأة والضرر على كل دابة يختلف باختلاف من يركبها فلهذا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التهايؤ في ركوب دابة واحدة لأنهما لا يجوز أن التهايؤ في غلة دابة واحدة كما لا يجوز أن في غلة عبد واحد والتهايؤ في الغنم على الألبان والأولاد لا يجوز لأن ذلك يزيد وينقص ووجود أصله على خطر وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ما هو المقصود لنفسه فيما في يده

والتهايؤ في دار وعبد على السكنى والخدمة جائز لأن ما هو المقصود لكل واحد منهما يجوز استحقاقه بالمهايأة عند اتحاد الجنس فعند اختلاف الجنس أولى وعلى الغلة باطل في قول أبي حنيفة – رحمه الله

وهو جائز في قولهما لأن عند أبي حنيفة – رحمه الله – غلة العبد لا تستحق بالتهايؤ واعتبار هذا الجانب يبطل العقد واعتبار جانب غلة الدار يصححه ويتمكن المفسد من أحد الجانبين بفساد العقد كما لو باع دارا بألف درهم ورطل من خمر

ولو تهايئا في أرض على أن يزرع كل واحد منهما طائفة منها معلومة ويؤاجرها جاز بمنزلة السكنى في الدار ولهما أن يبطلا المهايأة ويقتسما إذا بدالهما أو لأحدهما لما بينا أن قسمة العين هو الأصل في الباب وتمام التمييز به يحصل وورثتهما في ذلك بمنزلتهما لقيام الوارث مقام المورث فيما هو من حقه

وكذلك المهايأة في دار وأرض على أن يسكن هذا الدار ويزرع هذا الأرض

وكذلك المهايأة في دار وحمام لأن كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة

ولو كانت المهايأة في منزل واحد على أن يسكن أحدهما سفله والآخر علوه فانهدم العلو كان لصاحبه أن يسكن مع صاحب السفل لأنه إنما رضي بسقوط حقه عن سكنى السفل بشرط سلامة سكنى العلو له ولم يسلم له حين انهدم فكان هو على حقه في سكنى السفل باعتبار ملك نصيبه وورثته في ذلك بمنزلته

وإن كانا تهايئا على الخدمة في عبد أو أمة أو في عبد وأمة على أن تخدم الأمة أحدهما والعبد الآخر واشترطا على كل واحد منهما طعام خادمه ففي القياس هذا لا يجوز لأن مقدار ما يتناول من الطعام في نوبة كل واحد منهما

غير معلوم والآدمي قد ينشط للأكل في وقت ولا ينشط في وقت آخر والطعام عليهما سواء لاستواء ملكيهما فيه فلا تمكن في هذا الشرط معاوضة بينهما فيما هو مجهول وفي العبد والأمة هذا القياس أوضح

ولكن استحسن جواز ذلك لقلة التفاوت واعتبار ما عليه عادة الناس من المساهلة في أمر الطعام

وإن اشترطا الكسوة بهذه الصفة لم يجز لكثرة التفاوت في الكسوة ولأنه لا يجري في الكسوة من المساهلة ما يجري في الطعام ثم كل واحد منهما بما يتناول يتقوى على الخدمة فالظاهر أن كل واحد منهما لا يمنعه من التناول بقدر الكفاية لماله فيه من المنفعة

والجهالة إذا كانت لا تفضي إلى المنازعة لا تفسد العقد ولا يوجد ذلك في الكسوة إذ ليس للكسوة تأثير في إحداث القوة على زيادة الخدمة فإن أقتا من الكسوة شيئا معروفا لم يجز ذلك لأن التفاوت يقل وينعدم بعدم بيان الوصف والمنازعة تنقطع به ولأن معنى المعاوضة هنا فيما لا يتم معنى اللزوم فيه فإنه بناء على المهايأة وقد بينا أن حكم اللزوم لا يتم بالمهايأة وفي مثله البيان الموصوف يثبت بالقسمة كما في الصداق ونحوه

ولو كانت غنم بين رجلين فتهايئا على أن يرعاها كل واحد منهما شهرا أو على أن يستأجر لها أجيرا جاز لأن الرعي في الدواب بمنزلة الطعام في بني آدم أو أظهر منه فالتفاوت ينعدم هنا والحر والعبد في ذلك سواء وولي الصغير بمنزلة الصغير في ذلك لأنه من جملة حوائجه يرجع إلى إصلاح ملكه وهو من صنع التجار

ولو تهايئا على الخدمة في الأمتين ثم وطئ أحدهما الأمة التي عنده فعلقت فسدت المهايأة لأنه تملك نصيب شريكه حين استولدها بضمان نصف القيمة وكما لا يصح ابتداء المهايأة إلا بعمل مشترك فكذلك ما لا يبقى ولا شركة بينهما فيها بعد ما استولدها أحدهما

وكذلك لو ماتت أو أبقت انتقضت المهايأة لأنه إنما رضي بسلامة خدمة الأخرى لشريكه بشرط أن يسلم له خدمة التي هي في يده وقد فات ذلك بموتها أو بإباقها ولو استخدمها الشهر كله إلا ثلاثة أيام في أول الشهر ثم مرضت أو أبقت نقصت الآخر من شهره ثلاثة أيام باعتبار المعادلة فيما يستوفيه كل واحد منهما من منفعة الملك المشترك ثم يستقبلان المهايأة

ولو لم ينقص الثلاثة أيام حتى تم الشهر في خدمته لم يكن له عليه في ذلك شيء لأنه إنما فضل صاحبه في استيفاء بعض الخدمة والخدمة لا تتقوم إلا بالعقد بالتسمية وكذلك لو أبقت إحداهما الشهر كله واستخدم الآخر الأخرى الشهر كله لم يكن عليه في تلك الخدمة ضمان ولا أجر لأن المنفعة لا تتقوم بالإتلاف

(ألا ترى) أنه لو استخدم الأمة المشتركة أحدهما من غير رضا الشريك لا على وجه المهايأة لم يلزمه في ذلك ضمان لصاحبه بمنزلة الغاصب

ولو عطبت إحداهما في الخدمة لم يضمنها صاحبها لأن كل واحد منهما أمين في نصيب صاحبه مما في يده وإنما يستخدمها بإذن صاحبه فيكون هو في ذلك كالمستعير أو المستأجر

ولو زوجها من هي في يده لم يجز ذلك لأن التزويج تصرف يعتمد الولاية وثبوت الولاية بملك الرقبة وملك الرقبة لكل واحد منهما غير تام فما في يده بعد المهايأة كما قبلها

فإن وطئها الزوج فالمهر بينهما لأن المهر بدل المستوفي بالوطء وذلك في حكم جزء من العين كالأرش فأما الذي زوج فله الأقل من نصف المسمى ومن نصف مهر مثلها لأنه رضي بسقوط حقه في ما زاد على المسمى ورضاه معتبر في حقه

وأما الذي لم يزوج فله نصف مهر مثلها لأنه لم يرض بسقوط حقه عن شيء منه بالقسمة وعلى هذا السكنى في المنزل فإنه لو انهدم من سكنى أحدهما أو احترق من نار أو قدها فيه لم يضمن لأنه بمنزلة المستعير أو المستأجر

ولو توضأ فيها فزلق رجل بوضوئه أو وضع شيئا فيها أو جلس فيها أو ربط فيها دابة فعبر به إنسان من أهل الدار أو غيرهم لم يضمن لأن هذا كله من توابع السكنى

(ألا ترى) أن للمستعير والمستأجر أن يفعل ذلك ففعل كل واحد منهما بتسليط شريكه كفعلهما جميعا ولو بنى فيها بناء أو احتفر فيها بئرا فهو ضامن ويرجع عليه بقدر حصته لأن هذا التصرف ليس من توابع السكنى فلا يستحقه بالمهايأة فكان هو متعديا في نصيب شريكه والسبب متى كان بطريق التعدي فهو كالمباشرة في إيجاب الضمان وإنما يتحقق ذلك في نصيب شريكه دون تضييع فلهذا يرجع بقدر حصته

وإذا تهايأ الرجلان في خادمين على أن يخدم أحدهما هذا سنة لفضل خدمتها والأخرى هذا الآخر سنتين فهو جائز لوجود التراضي منها وحصول المقصود وهو المعادلة في الخدمة

فإن ولدت إحداهما ولدا ومدة المهايأة طويلة فشب الولد فيها كانت خدمته بينهما لأن استحقاق الخدمة بالمهايأة لا يسري إلى الولد بمنزلة استحقاق ذلك بالوصية أو الإجارة فالولد تولد من العين فيكون مشتركا بينهما كالأصل ولم تتناوله المهايأة مقصودا ولا تبعا فكانت خدمته بينهما كخدمة الأصل

قيل : وإذا مات أحد الشريكين وعليه دين لم يكن لورثته أن ينفذوا المهايأة ولكن نصيبه يباع في دينه لأن حق الغرماء يتعلق بمالية نصيبه بموته وهو مقدم على حق ورثته فكما لا يجوز للورثة مباشرة ابتداء المهايأة مع قيام الدين على الميت فكذلك لا يكون لهم استدامة المهايأة

ولو باع أحدهما نصيبه من إحدى الخادمين أو أعتقه نفذ تصرفه وبطلت المهايأة لأن شركته لم تبق بعد ما نفذ بيعه فيه وعتقه

وإذا كاتب أحدهما نصيبه فلشريكه أن يبطل المكاتبة لدفع الضرر عن نفسه فإن لم يعلم بها حتى أدت بطلت المهايأة ولو باع أحدهما نصيبه بيعا فاسدا ولم يسلم لم تبطل المهايأة . وهو الشركة في الأصل

وإن سلم بطلت المهايأة لزوال ملكه عن نصيبه وفي البيع الجائز بنفس العقد يزول ملكه فتبطل المهايأة سلم أو لم يسلم

وكذلك لو كان المشتري بالخيار لأن ملك البائع يزول مع خيار المشتري وإن كان البائع بالخيار لم تبطل المهايأة إلا أن يمضي البيع لأن خيار البائع يمنع زوال ملكه عن البيع في المدة ما لم يسقط الخيار والله تعالى أعلم ." (١)

---

(١) المبسوط، ٦٧/٧

" (قال رحمه الله) (وإذا كان للصغير دار أو عبد فادعى رجل فيه دعوى فصالحه أبوه على شيء من مال الصبي ينظر في ذلك فإن كان للمدعي بينة وكان ما أعطى الأب من مال الصبي مثل حق المدعي أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز) لأن سبب الاستحقاق للمدعي ظاهر شرعا فالأب بهذا الصلح يصير كالمشتري لتلك العين لولده بماله والأب غير متهم في حق ولده فعند ظهور الحق للمدعي بالبينة إنما يقصد الأب النظر للصبي وربما يكون له في العين منفعة لا يحصل ذلك بقيمته وإن لم يكن له بينة لم يجز الصلح من الصبي لأن المدعي ما استحق شيئا على الصبي بمجرد دعواه سوى الاستحلاف ولا يستحلف الأب ولا الصبي في حال الصغر وإنما يستحلف إذا بلغ فالأب يفدي هذه اليمين بمال الصغير وإلا فاليمين ليست بمتقومة وليس للأب ولاية دفع مال الصبي بإزاء ما ليس بمتقوم

فإن صالح من مال نفسه فهو جائز بمنزلة أجنبي آخر صالح على مال نفسه وضمن ولو ادعى الأب حقا للصبي في مثل ذلك ثم صالحه منه على شيء وقبضه وهو مثله أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز كما لو باعه ممن هو في يده وإن كان أقل منه بشيء كثير لم يجز إن كانت له بينة لأن سبب استحقاق الصبي ظاهر شرعا بالحجة فهو بهذا الصلح كأنه يبيع ماله بغبن فاحش

وإن لم تكن له بينة على حقه فالصلح جائز لأن الصبي ما استحق قبل ذي اليد شيئا سوى اليمين ولا منفعة للصبي فالأب جعل مالا بمقابلة ما ليس بمال وهو غير متهم في هذا بل هو ناظر للصبي بتصيير ما ليس بمال في حقه مالا ووصي الأب في هذا بعد موت الأب كالأب

وكذلك الجد ووصي الجد ولا يجوز صلح غير هؤلاء كالأم والأخ على الصبي ولا عنه لأنه لا ولاية له عليه فهو في الصلح في حقه كالأجنبي والمعتوه بمنزلة الصبي لأنه مولى عليه

ولو كان للصبي دين على رجل فصالحه أبوه على بعض وحط عنه بعضا فإن كان الأب هو الذي ولي مبايعته جاز الحط في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وهو ضامن لما حطه

ولا يجوز في قول أبي يوسف - رحمه الله - وهو نظير اختلافهم في الوكيل بالبيع

وإن لم يكن ولي مبايعته لم يجز حطه وكذلك الوصي لأن ثبوت الولاية لهما مقيد بشرط النظر للصبي وليس من النظر إسقاط شي من حقه بالحط فهما في ذلك كأجنبي آخر

ولو ادعى الوصي شقصا في دار فجحده رب الدار فصالحه على دراهم قبضها جاز ذلك إن لم يكن لهم بينة على الأصل وكانوا صغارا وكبارا لأن الوصي قائم مقام الموصي وفي هذا الصلح نظر للموصى عليه فهو بالدعوى ما استوجب على الخصم إلا اليمين ولأن منفعته في مال يقضي به دينه ويستغنى به ورثته

وإن كانت لهم بينة عليه وكان ما قبض مثل قيمة ذلك أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز عليهم جميعا في قول أبي حنيفة - رحمه الله - ولا يجوز في قولهما على الكبار في حصتهم إلا برضاهم وهو نظير اختلافهم في بيع الوصي شيئا من التركة وفي الورثة صغار وكبار وقد بينا ذلك في الشفعة ويستوي عندهما إن كانت لهم بينة أو لم تكن لأنه لا ولاية للوصي على الكبار من الورثة فهو في حقهم كأجنبي آخر وصلح وصي الأم والأخ على الصبي مثل صلح وصي الأب في غير العقار لأن فيما سوى العقار للوصي ولاية البيع في تركة الموصي فكذلك له ولاية الصلح فأما في العقار

فليس له ولاية البيع فيما صار للصغير من هذه التركة كما لم يكن للموصي ذلك في ملك الصبي ولا يجوز صلحه فيه أيضا

وكذلك لو كانت الورثة كبارا وصغارا فصلح الوصي فيما سوى العقار جائز عليهم بشرط النظر كما لا يجوز بيعه فيه للحفظ عليه

وإذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية فصالح الوصي من دعوى له في دار فهو على ما ذكرنا في الورثة إذا كانوا صغارا لأن باعتبار الدين والوصية يثبت للوصي في الولاية للميت حتى يجوز بيعه في جميع التركة عند أبي حنيفة - رحمه الله - فكذلك الصلح

وإذا ادعى الوارث الكبير على الوصي ميراثا من صامت أو رقيق أو أمتعة فجحده ثم صالحه من جميع ذلك على عبد أو ثوب معلوم جاز لوجود التراضي منهما على ما اصطلحا عليه وكذلك لو قال افتدي منك يميني بذلك لأن الصلح على الإنكار فداء لليمين بالمال ولا فرق بين لفظ الفداء وبين لفظ الصلح فيه

وإن كانا وارثين ادعيا ذلك قبله فصالح أحدهما على عرض من غير إقرار لم يكن للآخر أن يرجع على الوصي بشيء لأنه بالصلح على الإنكار لم يصر مقرا له بشيء وإنما فدى يمينه وللآخر أن يستحلفه إن شاء لأن حق الاستحلاف كان ثابتا لهما فأسقط ذلك أحدهما بالمال فصح ذلك في حقه وفي حق الآخر لا يصح إلا برضاه فإن أبى فهو على حقه في الاستحلاف

وإن أراد أن يشارك أخاه فيما قبض فله ذلك باعتبار أنه صار راضيا بالصلح فكأنهما صالحاه وهذا إذا كان ما ادعياه مستهلكا لأن الصلح مبني على زعمهما في حقهما وفي زعمهما أن قيمة ذلك دين على الوصي مشترك بينهما وأحد الشريكين في الدين إذا صالح على شيء كان للآخر أن يشاركه في المقبوض إلا أن يعطيه نصف ما ادعى من ذلك فإن كانت الورثة صغارا وكبارا وصالح الوصي الكبار من دعواهم ودعوى الصغار على دراهم وقبضها الكبار وأنفقوا على الصغار حصتهم من ذلك فإن ذلك لا يجري على الصغار لأنه لا ولاية للكبار على الصغار وللصغار أن يرجعوا بحصتهم على الوصي إذا أدركوا ويرجع الوصي على الكبار بحصة الصغار مما أخذوا لأنهم يزعمون أنهم أخذوا المال عوضا عن الكل وقد استحق الصغار نصيبهم على الوصي فكان لهم أن يرجعوا بحصة ذلك من المأخوذ من الكبار

وإذا أقر الوصي أن لأحد الورثة عنده من ميراثه كذا وكذا درهما فأراد بقية الورثة أن يرجعوا على الوصي بحصتهم كما أقر لهذا لم يكن لهم ذلك ولكن ما أقر به لهذا فهو بينهم على المواريث لأن الوصي أمين فيما في يده من التركة والقول قول الأمين في براءة نفسه ولكن لا يقبل قوله فيما يدعي من وصول المال إلى غيره كالمودع إذا ادعى الرد على الوصي فهنا أيضا قول الوصي فيما يرجع إلى براءته مقبول سواء ذكر أنه سلم نصيب الكبار إليهم أو أن ذلك لم يصل إلى يده ولكن لا يقبل قوله في إسقاط حق الكبار عما أقر به للصغير لأن ذلك جزء من التركة وهو مشترك بينهم باعتبار الأصل فلا يقبل قول الوصي في تخصيص أحدهم به ولكن يجعل ما سوى هذا من التركة كالناوي فتبقى الشركة بينهم في هذا

وإذا أقر الوصي أن عنده للميت ألف درهم وللميت ابنان ثم صالح أحدهما من حصته على أربعمائة درهم من مال الوصي لم يجز لأنه أعطاه أقل من حصته وقد بينا في الدين أن مثل هذا الصلح يجوز بطريق الإسقاط وهنا لا يمكن تصحيحه بطريق الإسقاط لأنه عين في يد الوصي أمانة فلا بد من حمله على معنى المعاوضة ومبادلة الخمسمائة بأربعمائة لا يجوز وكذلك لو كان مع الألف متاع فالعلة المفسدة هنا أظهر

ولو أن الوصي استهلك ذلك جاز الصلح على أربعمائة لأن ما استهلك صار دينا في ذمته فهذا حط عنه بعض حقه واستوفى البعض فيصح الصلح بطريق الإسقاط

وإذا مات الرجل وترك ابنا وامرأة وترك رقيقا وعقارا وأمتعة فقبضها الابن واستهلكها أو لم يستهلكها ثم صالحته المرأة بعد إقرار أو إنكار على دراهم مؤجلة أو حالة جاز ذلك وصلحها معه مثل صلح الأجنبي مع الأجنبي في الدعاوى لأنها تدعي ميراثا قبله

فإن كان مقرا بذلك فالصلح على الإقرار جائز وما يعطيها عوض نصيبها إن كان قائما في يد الابن وإن كان مستهلكا فهي قد استوفت بعض حقها . وأبرأته عما بقي وإن كان منكرا لحقها فالصلح مع الإنكار صحيح بطريق الفداء لليمين وقد بينا وجوه صلح بعض الورثة مع البعض واستوفينا جميع ذلك

وقال : (فإن كان في الميراث عين ودين فصالح الابن المرأة من ذلك كله ما خلا المال العين والدين فهو جائز) لأن ما جعل مستثنى لم يتناوله عقد الصلح فكان ذلك غير موجود في التركة أصلا فكما يجوز الصلح من جميع المدعي يجوز من بعضه فيصح وهي إنما صالحته عن نصيبها من العروض والعقار خاصة وذلك جائز

وإن كتب في كتاب البراءة أني دفعت إليك جميع حصتك من المال العين فهو جائز إذا أقرت بالقبض

وإن كتب أني عجلت لك ميراثك من كل مال دينا على الناس من غير أن شرطتيه علي فهو جائز لأن إقرارها على نفسها حجة شرعا وما أقرت به كالمعاين في حقها فيبرأ الغريم من حصها من الدين لأن تبرع أحد الورثة بقضاء ذلك الوارث الآخر كتبرع أجنبي آخر ومطلق هذا التبرع يوجب براءة الغريم عنه

وإذا مات الرجل فأوصى بثلثه لرجل وترك ورثة وفيهم الصغير والكبير فطلب الموصى له موصيه فصالحه بعض الورثة على دراهم مسماة على أن يسلم له ذلك خاصة دون بقية الورثة فإن كان الميراث ليس فيه مال غائب ولا عين حاضرة يكون ثلثه مثل ذلك فإني أجيز الصلح إذا كان المال المعين في يد المصالح أو كان الميراث رقيقا أو عقارا لأن الموصى له شريك الوارث في التركة فصلح الوارث معه كصلح أحد الوارثين مع الآخر وفي نظير هذا صلح أحد الوارثين مع الآخر على أن يكون نصيبه له صحيحا فكذلك صلح الوارث مع الموصى له فإن كان في الميراث دين لم يجز ذلك لأن ثلث ذلك الدين صار للموصى له بالثلث فهو يملك ذلك من الوارث يأخذ منه عوضه وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز

وإن كان عين ثلثه مثل ما أعطي أو أكثر لم يجز الصلح مراده بالعين النقد من الذهب والفضة وإذا وقع الصلح على جنس ذلك ومقدار حقه من ذلك الجنس مثل ما استوفى أو أكثر فهذا الصلح يكون ربا وقد بينا فساد ذلك فيما بين الورثة فكذلك فيما بين الوارث والموصى له

وإذا كان المال المعين في يد الوصي وكان ما أعطي الوارث الموصى له أكثر من ثلثه جاز ذلك إذا قبض الوارث ذلك من الوصي قبل أن يتفرقا

وإن تفرقوا قبل أن يقبض الوارث المال المعين من يد الوصي ينقص من الصلح حصة المال المعين لأن العقد في تلك الحصة قد صرف ويد الوصي يد أمانة فلا يصير الوارث قابضا بحكم الصرف بيد الوصي

وإذا افترقا قبل أن يقبض ذلك منه فقد افترقا من المجلس قبل قبض بدل الصرف فيبطل الصلح في حصة ذلك ويجوز فيما سواه وكذلك إن صالحه على دنانير لأن في حكم الصرف ووجوب القبض في المجلس لا فرق بين أن يكون العقد متنا ولا لجنس واحد من النقود أو جنسين وإن صالحه على مكيل أو موزون بعينه جاز لأنه مشتر لما وقع عليه الصلح بنصيبه من التركة والمشتري معلوم معين

وإن كان بغير عينه لم يجز لأنها صفقة واحدة وفي حصة العين من التركة يبطل هذا الصلح لأنه بيع ما ليس عند الإنسان فالكيل والموزون بالدراهم يكون مبيعا وإذا فسد في البعض فسد في الكل

وإذا صالحه على ثياب موصوفة أو مؤجلة ثم تفرقا قبل أن يقبض الوارث حصة الموصى له من المال المعين بطل من الثياب حصة المال المعين لأن صفة العقد في معنى السلم فيشترط قبض رأس المال في المجلس وإلا يكون دينا بدين وإن تفرقا قبل القبض بطل العقد في ملك الحصة ولكن هذا فساد طارئ فطربان المفسد في البعض لا يفسد العقد في الباقي بخلاف المقارن وقد بينا نظيره في كتاب الصرف

ولو كان هذا الصلح في مال الوارث على أن يسلم الموصى له جميع موصيه من الورثة على سهامهم كان القول فيه مثل ذلك في جميع ما بينا لأنه في الصلح في نصيب سائر الورثة هو متبرع عنهم بأداء المال وذلك يصح منهم كما يصح من الفضولي فكأنهم صالحوه جميعا على ذلك وصلح الوارث الموصى له وصلح الوارث سواء في جميع ما ذكرنا لأنهم في التركة شركاء

وكذلك لو كان الميراث في يد الموصى له فصالح الوارث على أن أعطاه دراهم على أن يسلم الوارث ميراثه لأن الوارث يملك نصيبه من الموصى له بما يقبض منه من العوض فكما يجوز فيه صلح الوارث مع الموصى له إذا كانت التركة في يده يجوز فيه صلح الموصى له مع الوارث أيضا

ولو كان الميراث مالا معينا ومتاعا وحليا وفيه جوهر لا يخلص إلا بضرر والوارث رجلان كبيران وصغير له وصي ورجل موصى له فاصطلحوا على أن قوموا ذلك قيمة عدل وسموا لأحد الكبيرين حليا بعينه ومتاعا ومالا وكذلك للآخر وللصغير والموصى له وأنفذوا ذلك فيما بينهم وجعلوه لمصالحهم بتلك القيمة ولم يتقابضوا لم يجز لأن العقد فيما يخص الحلي صرف

وترك القبض في المجلس يفسد فيه وذلك مفسد للعقد في حصة الجوهر أيضا لأنه لا يمكن تخليصه إلا بضرر ومثل هذا كما لا يجوز البيع فيه ابتداء فكذلك لا يبقى العقد فيه بعد ما فسد في حصة الحلي وقد بينا نظيره في الصرف في السيف المحلى

ولو كان وارث منهم اشترى رقيقا ومتاعا بألف درهم ثم أن الوارث الآخر اشترى منهم حليا فيه جوهر بألف درهم على أن يحسب له من نصيبه لم يجز ذلك من قبل أن العقد فيه صرف ولم يوجد التقابض في المجلس ولأن حصته مما على أخيه داخل في ذلك وهو دين

ولو كان بعض التركة دينا على أجنبي لم يجز مثل هذا الصلح بين الورثة فيه فكذلك إذا كان دينا على بعض الورثة قال غيره : أنه يجوز من ذلك الجوهر بحصته إذا كان مميزا

وإن كان غير مميز لم يجز شيء منه أما إذا كان غير مميز فالجواب ظاهر لأن فساد العقد من حصة الحلي فالافتراق مفسد في حصة الجوهر أيضا وإن كان مميزا فإن كان صلحه مع جميع الورثة والموصى له فإنه يجوز من حصة الجوهر لأن فساد العقد هنا بترك القبض في المجلس في حصة الحلي وذلك فساد طارئ لا باعتبار أن نصيبه دين فإنه ما صالح عن نصيبه على هذا الحلي وإنما اشترى هذا الحلي منهم بألف درهم على أن يحسب لهم من نصيبه فكان فساد العقد باعتبار أن الحلي غير مقبوض في المجلس وأن الوارث الصغير والموصى له يقبضان حصتهما مما هو دين على الأخ الآخر في المجلس وكل ذلك يفسد العقد لترك القبض في المجلس من غير أن يتبين فيه فساد العقد من الأصل فلهذا يبقى الصلح في حصة الجوهر إذا كان مميزا والله تعالى أعلم بالصواب ." (١)

" (قال رحمه الله) اعلم بأن حكم خيار الشرط في الصلح كهو في البيع في جميع الفصول لأن الصلح عقد يعتمد التراضي ويمكن فسخه بعد انعقاده كالبيع

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فصالحه منها على عبد على أن زاده المدعي عشرة دنانير إلى شهر واشترطا الخيار ثلاثة أيام فهو جائز لأنه اشترى العبد بألف درهم وعشرة دنانير واشتراط الخيار في مثل هذا العقد صحيح فإن استوجب العقد برئ المطلوب من الألف لتمام البيع بينهما وتقرر وجوب الثمن عليه وصارت الدنانير على المطالب الأول إلى شهر من يوم استوجب العقد لأنه شرط في الدنانير أجل شهر واشترط الأجل لتأخير المطالبة وتوجه المطالبة عليه بعد سقوط الخيار وإنما يعتبر ابتداء الأجل من ذلك الوقت ولو كان له عليه عشرة دنانير فصالحه منها على ثوب واشترط المطلوب الخيار ثلاثا ودفع إليه الثوب فهلك عنده في الثلاث فهو ضامن لقيمته وما له على المطلوب كما كان لأن المطلوب بائع للثوب وهلاك المبيع في مدة خيار البائع مبطل للعقد والمبيع في يد المشتري في مدة خيار البائع مضمون بالقيمة لأنه في معنى المقبوض على جهة الشراء . ولو كان لرجل على رجلين دين فصالحاه على عبد على إنه بالخيار ثلاثا فأوجب الصلح على أحدهما ورد على الآخر كان له ذلك لأنه مشتر للعبد منهما وقد شرط كل واحد منهما له الخيار في النصف الذي باعه منه فكان له الرد على أحدهما في نصيبه دون الآخر بخلاف ما إذا كان الدين لرجلين على رجل فصالحهما على أنهما بالخيار ثلاثة لأنهما في معنى المشتريين للعبد منه وأخذ المشتريين للعبد منه وأخذ المشتريين لا ينفرد بالرد بخيار الشرط عند أبي حنيفة رحمه الله وقد بيناه في البيوع ولو كان لرجل على رجل دين فصالحه على عبد واشترط الخيار ثلاثا فمضت الثلاثة ثم ادعى صاحب الخيار الفسخ في الثلاثة لم يصدق إلا ببينة لأن السبب

---

(١) المبسوط، ٦٩/٧

الموجب لتمام العقد قد وجد وهو مضي مدة الخيار قبل ظهور الفسخ ومدعي الفسخ يدعي ما لا يقدر على إنشائه في الحال فلا يقبل ذلك إلا ببينة فإن أقام بينة على الفسخ وأق ا م الآخر البينة على أنه قد أمضى في الثلاثة أخذت البينة للفسخ لأنهما كانا بالخيار لأن مدعي الفسخ هو المحتاج إلى إقامة البينة وهو المثبت لعارض الفسخ وذلك خلاف ما يشهد الظاهر به فكان الأخذ ببينته أولى وقع في بعض نسخ الأصل أخذ ببينة إمضاء الصلح وهذا غلط وإن صح فوجهه إن في بينة إمضاء الصلح إثبات الملك فيما وقع عليه الصلح وقد بينا شبهة اختلاف الروايات في نظير هذا في البيوع من الجامع وإن اختلفا في الثلاثة فالقول قول الذي له الخيار إنه وجد فسخ لأنه أقر بما يملك إنشاءه في الحال فلا تتمكن التهمة في إقراره والبينة بينة الآخر أنه قد وجب لأنه هو المحتاج إلى إسقاط الخيار وفي الصلح على الإنكار إذا شرط المدعي عليه الخيار ثم فسخ العقد بخياره فالمدعي يعود على دعواه ولا يكون ما صنع المدعي عليه إقرارا منه لأن الصلح البات أقوى من الصلح بشرط الخيار وقد بينا أن إقدامه على الصلح البات لا يكون إقرارا فعلى الصلح بشرط الخيار أولى وخيار الرؤية في الصلح بمنزلته في البيع لأن ما وقع عليه الصلح من العين مبيع ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه وإذا ادعى رجل على رجل ألف درهم فصالحه منها على عدل زطي فقبضه ولم يره ثم صالح عليه القابض آخر ادعى قبله دعوى أو قبضه الآخر ولم يره فللآخر أن يرده على الثاني إذا رآه فلم يرضه لأنه بمنزلة مشتري شيء لم يره وليس للثاني أن يرده على الأول إن قبله بقضاء قاض أو بغير قضاء لأن خياره قد سقط حين ملكه من غيره باعتبار أنه عجز عن رده بحكم الخيار وخيار الرؤية كخيار الشرط لا يعود بعدما سقط بحال وقد بينا أن الصلح من الدعوى ليس بإقرار فبعد الرد بخيار الرؤية إنما يعود المدعي على دعواه وفي حكم الرد بالعيب المصالح عليه كالمبيع أيضا يرد بالعيب اليسير الفاحش يرجع في الدعوى إن كان رده بحكم أو بغير حكم ولو ادعى رجل قبل رجل م ائة درهم فصالحه على أمة على الإنكار وقبضها فولدت عنده ثم وجدها عوراء لم يستطع ردها لحدوث الزيادة المنفصلة بعد القبض من العين ولكنه يكون على حجته فيما يصيب العور من المائة فإذا أقام أو استحلف المدعي عليه فنكل أو أقر يرجع عليه بنصف المائة لأن العين من الآدمي نصفه ولو ادعى عليه كر حنطة قرضا فصالحه منه على ثوب من غير أن يقر بذلك على أن زاد الآخرة عشرة دراهم وتقابضا قبل أن يتفرقا فقطع الثوب قميصا ثم وجد به عيبا ينقصه العشرة فإنه لا يستطيع الرد لما أحدث فيه من القطع ولكن يرجع بحصة الغير وذلك غير ما نقده وهو درهم واحد فيكون على حجته في عشر الكر فيستوفي ذلك إن أتى بالبينة أو استحلف صاحبه فنكل ولو ادعى عليه مائة درهم فلم يقر بها فصالحه منها على كر دفع إليه الكر على أن زاده الآخر عشرة دراهم إلى شهر فهو جائز لأنه اشترى الكر بالعشرة وبما ادعاه وهو المائة في زعمه وذلك صرح يح فإن وجد بالكر

عيبا ووجد به عنده عيب وكان عيبه الأول ينقصه العشر فإنه يبطل من العشرة الدراهم التي عليه درهم ويكون على حجته في عشرة المائة لأن حصة العيب من البدل هذا وهذا عند تعذر الرد يرجع بحصة العيب من البدل ولو صالحه من المائة على كر حنطة ودفعه إليه أو على عشرة دراهم إلى شهر من غير إقرار ثم وجد بالكر عيبا وقد حدث به عنده عيب وكان العيب الأول ينقصه العشر فهو على حجته في عشر تسعين درهما لأن المدعي بقي حقه في عشرة دراهم وأجله في ذلك إلى شهر وإنما صالحه على كر حنطة بما زاد على العشرة إلى تمام المائة وذلك تسعون درهما فعند

تعذر الرد بالعيب يرجع بحصة العيب من البدل فلهذا كان على حجته في عشر تسعين درهما وقيل ينبغي أن لا يجوز هذا الصلح عند محمد رحمه الله لأن الصلح على الإنكار مبني على زعم المدعي وفي زعمه إنه اشترى الحنطة بتسعين درهما وشرط له التأجيل في عشرة دراهم سوى الثمن إلى شهر وذلك شرط منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيها العقد فيكون مفسدا للعقد والله أعلم ." (١)

" (قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل دين إلى سنة فصالحه على أن أعطاه به كفيلا وأخره به إلى سنة أخرى فهو جائز لأن المطلوب أعطاه بما عليه كفيلا والطالب أجله إلى سنة أخرى وكل واحد منهما صحيح عند الانفراد فكذلك إذا جمع بينهما ولا يتمكن هنا معنى معاوضة والكفالة بالأجل لأن الكفالة إنما تصح بقبول الكفيل سواء سأل المطلوب ذلك أو لم يسأل والتأجيل يثبت حقا للمطلوب فلا تتحقق معنى المعاوضة بينهما وكذلك لو كان به كفيل فأبرأه على أن أعطاه به كفيلا آخر وأخره سنة بعد الأجل الأول لأن إبراء الكفيل الأول يتم بالطالب والتأخير بإيجاب الطالب ذلك للمطلوب ولا يتمكن معنى المعاوضة فيه لما كان تمام كل واحد منهما بشخص آخر ولو صالحه على أن يعجل له نصف المال على أن يؤخر عنه ما بقي سنة بعد الأجل كان ذلك باطلا لأن المطلوب أسقط حقه في الأجل في نصف المال وشرط على الطالب التأجيل فيما بقي سنة أخرى فهذا مبادلة الأجل بالأجل وهو ربا وكذلك كل ما يعجل مؤجلا بتأخير شيء آخر معجلا أو مؤجلا فهو فاسد لما فيه من معاوضة الأجل بالأجل ولو كان المطلوب قضى الطالب المال قبل حله ثم استحق من يده لم يرجع عليه حتى يحل الأجل لأن القبض انتقض في المستحق من الأصل وسقوط الأجل كان في ضمن التعجيل بتسليم المال إليه وإذا ثبت في ضمن غيره يبطل ببطلانه فلهذا كان المال عليه بعد الاستحقاق إلى أجل وكذلك لو وجد زيوفا أو نبهرجة أو ستوقا أما في الستوق فظاهر لأنه يتبين إنه لم يكن موفيا له حقه فيبقى المال عليه إلى أجله وفي الزيوف والنبهرجة قد انتقض قبضه بالرد وسقوط الأجل كان باعتبار قبضه وهو دليل أبي حنيفة رحمة الله عليهما في أن الرد بعيب الزيافة ينقض القبض من الأصل بمنزلة الاستحقاق حين عاد الأجل ولكنهما يقولان نحن نسلم هذا إلا أنا نجعل في الصرف والسلم اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماع هما في مجلس العقد وذلك لا يتحقق في حكم سقوط الأجل وعند رد الزيوف رجوعه بأصل حقه وهو ثمن المبيع وقد كان أصل حقه مؤجلا فلهذا رجع به بعد حله أيضا وكذلك لو باعه به عبدا أو صالحه منه على عبد وقبضه ثم استحق أو وجد حرا أو رده بعيب بقضاء قاض فالمال عليه إلى أجله لأن بهذه الأسباب ينتقض العقد من الأصل وكذلك لو طلب إليه أن يقيله الصلح على ما كان من الأجل فأقاله أو رده بعيب بغير قضاء فالمال عليه إلى أجله لأن الإقالة إن جعلت فسخا عاد المال إلى أجله وإن جعلت كعقد مبتدأ فقد شرط التأجيل في البدل فيكون مؤجلا والرد بالعيب بغير قاض بمنزلة البيع المبتدأ فإنه يعتمد التراضي ومطلقه يوجب المال حالا فإن قيل الإقالة فسخ في حقهما وعود الأجل من حقهما قلنا هو فسخ في حقهما فيما هو من أحكام ذلك البيع فأما فيما ليس من أحكامه فهو كالبيع المبتدأ والأجل في أصل الدين لم يكن من أحكام هذا البيع بينهما فالإقالة فيه كالبيع المبتدأ وقد قررنا هذا المعنى فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو كان

---

(١) المبسوط، ٧/٧٩

بالدين كفيل لم يعد المال على الكفيل إلا أن يكون رد العبد بالعيب بقضاء قاض لأن الرد بالقضاء فسخ من الأصل ولم يثبت المال على الكفيل لأن هذا دين آخر سوى ما كفل به فهذا مثله ولو كان به رهن وهو في يد الطالب حين رد بالعيب كان رهنا على حاله بالمال لأن البيع قد انفسخ برد العبد وإنما يرجع الطالب بالدين الذي كان له عليه وقد كان الرهن محبوسا عنده بذلك الدين فيبقى محبوسا على حاله لأن الشراء بالدين مثله ولو كان للطالب على المطلوب ألف درهم من ثمن مبيع ومائة دينار من ثمن مبيع إلى أجل فعجل له المائة الدينار على أن أخر عنه الألف إلى سنة فهذا باطل لأنه أسقط حقه في الأجل في الدنانير عوضا عما أجله الآخر من الدراهم ولو قال أعجل لك الألف درهم على أن تؤخر عني الدنانير سنة أخرى فهذا جائز ل أ ن له أن يأخذ الألف عاجلا فإنما أجله في الدنانير خاصة وليس بمقابلة إسقاط الآخر أجله شيء ولو صالحه من الدين المؤجل على أن جعله حالا فهو جائز وهو حال وليس هذا صلحا وإنما هذا إسقاط من المطلوب حقه في الأجل والأجل حقه فيسقط بإسقاطه وكذلك لو قال أبطلت الأجل الذي في هذا الدين إن تركته أو جعلته حالا فهذا كله إسقاط منه للأجل إن قال قد برئت من الأجل أو قال لا حاجة لي في الأجل وهذا ليس بشيء والأجل على حاله أما في قوله لا حاجة لي في الأجل فإنه غير مسقط للأجل لأن الإنسان قد يكون حقه قائما وإن كان هو لا يحتاج إليه فإظهاره الاستغناء عنه لا يكون إسقاطا للأجل ومعنى قوله لا حاجة لي في الأجل إني قادر على أداء المال في الحال وبقدرته على الأداء لا يسقط الأجل وقوله قد برئت من الأجل بمنزلة قوله أبرأت الطالب منه وذلك لغو فإن الأجل حق المطلوب

من حيث إنه يؤخر المطالبة عنه ولكن لا يستوجب به شيئا في ذمة الطالب فإبراء الطالب وليس له في ذمة الطالب شيء يكون لغوا بخلاف قوله أبطلت الأجل فذلك إسقاط منه لحقه وتصرف منه في المال الذي في ذمته بجعله حالا وليس يتصرف في ذمة الطالب بشيء فلهذا كان صحيحا ولو ادعى عليه ألف درهم فأنكرها ثم صالحه على أن باعه بها عبدا فهو جائز وهذا إقرار منه بالدين بخلاف قوله فصالحتك منها وقد تقدم بيان هذا الفرق أن البيع لفظ خاص بتمليك مال بمال فإقدام المدعي عليه على البيع يكون إقرارا منه إنه يملكه العبد بالمال الذي عليه وذلك إقرار منه بالمال فأما الصلح فتمليك المال بإزاء إسقاط الدعوى والخصومة فلا يكون إقرارا حتى لو قال صالحتك من حقك على أن لك هذا العبد كان إقرارا بحقه أيضا ولو صالحه من الدين على عبد وهو مقر به وقبضه لم يكن له أن يبيعه مرابحة على الدين والصلح مخالف للبيع يعني لو اشترى بالدين العبد كان له أن يبيعه مرابحة لأن مبني الشراء على الاستقصاء فلا يتمكن فيه شبهة التجوز بدون الحق ومبني الصلح على الإغماض والتجوز بدون الحق فيتمكن فيه شبهة الحط وبيع المرابحة مبني على الاحتياط والشبهة فيما هو مبني على الاحتياط يعمل عمل الحقيقة ولو ادعى على رجل كر حنطة قرضا فجحده فصالحه فضولي على أنه اشتراه منه بتصييره دارهم ونقدها إياها كان الصلح باطلا لأن الشراء تمليك مال بمال فيصير المصالح مشتريا الدين من غير من عليه الدين وذلك باطل ولو لم يشتره ولكن صالحه منه على عشرة دراهم ودفعها إليه فهو جائز لأنه التزم المال عوضا عن إسقاط المدعي حقه قبل المدعي عليه وذلك صحيح وإنما أوردنا هذه الفصول لإيضاح الفرق بين لفظ البيع ولفظ الصلح وإذا كان لرجلين على رجل ألف درهم من ثمن مبيع حال فأخر أحدهما حصته لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ويأخذ الآخر

حصته ولا يشاركه المؤخر في المقبوض حتى يمضي الأجل فحينئذ يكون له أن يشارك القابض في المقبوض وجه قولهما أن المؤخر تصرف في خالص نصيبه ولا ضرر على شريكه في تصرفه فينفذ تصرفه كالشريكين في العبد إذا باع أحدهما نصيبه أو وهبه وهذا لأن التأجيل في إسقاط المطالبة إلى مدة ولو أسقط حقه في المطالبة بنصيبه لا إلى غاية بأن أبرأ عن نصيبه كان صحيحا فإذا أسقط مطالبته إلى غاية كان أولى بالصحة ولو اشترى أحدهما نصيبه على عين أو قبل الحوالة بنصيبه على إنسان كان صحيحا لما أنه متصرف في خالص نصيبه فكذلك إذا أجل نصيبه ولو أقر أحد الشريكين بأن الدين مؤجل إلى سنة وأنكر صح إقرار المقر في نصيبه فكذلك إذا أنشأ التأجيل لأن الإقرار لا يصح فيما هو حق للغير مع تمكن التهمة فيه وذلك لأنه لا يملك تحصيل مقصوده بالإنشاء ولما صح إقراره هنا عرفنا أنه يصح تأجيله ولأبي حنيفة رحمه الله في المسألة روايتان إحداهما إن تأجيله يلاقي بعض نصيب شريكه وهو لا يملكه بالاتفاق وبيان هذا إن أصل الدين يبقى مشتركا بعد التأجيل ولا يمكن أن يجعل تأجيله مضافا لنصيبه خاصة إلا بعد قسمة الدين وقبل القبض لا يجوز لأن القسمة تمييز وما في الذمة لا يتصور فيه التمييز وفي العين القسمة بدون التمييز لا تحصل فإنه لو كان بين رجلين صبرة حنطة فقال : اقتسمنا على أن هذا الجانب لي والجانب الآخر لك لا يجوز وهذا لأن في القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيب شريكه عوضا عما يتملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وإنما قلنا إن هذا قسمة لأن نصيب أحدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر في الوصف والحكم في القسمة ليس إلا هذا والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما والباقي هو ما ك ا ن مؤجلا ولو سلم للقابض ما قبض واختار اتباع المديون ثم نوى ما عليه كان له أن يرجع على القابض فيشاركه في المقبوض باعتبار أن نصف المقبوض حقه وإنما يسلمه بشرط أن يسلم له ما في ذمة المديون فإذا لم يسلم رجع عليه وبهذا الفصل تبين فساد مذهبهما فإنه بعد التأجيل إذا لم يكن للمؤخر أن يطالب بنصيبه فكيف يكون للآخر أن يقبض شيئا من نصيبه وإن جعل الآخر قابضا لنصيب نفسه كان ذلك قسمة فينبغي أن لا يكون للمؤخر أن يشاركه بعد حلول الأجل وإن جعل قابضا لبعض نصيب المؤخر فإذا لم يكن للمؤخر أن يطالب بنصيبه قبل حلول الأجل لا يكون ذلك لغيره بطريق الأولى وهذا بخلاف ما لو أبرأه عن نصيبه لأنه لا يبقى نصيبه بعد الإبراء وإنما القسمة مع بقاء نصيب كل واحد

منهما بخلاف البيع في نصيب أحدهما من العين فإنه لا يلاقي شيئا من نصيب شريكه بدليل إنه لا يشاركه في الثمن وبخلاف ما إذا استوفى أحدهما لأن القسمة هناك باعتبار اختلاف المحل فنصيب المستوفي لم يبق في ذمة المديون وكذلك إذا اشترى بنصيبه أو صالح أو قبل الحوالة فيه فقد وجد اختلاف المحل وإذا أقر أحدهما أن المال كله مؤجل فإقرار المقر حجة في حقه وهو يزعم أن الدين كله مؤجل فلا يتحقق معنى القسمة باعتبار زعمه وإنما لا يظهر حكم الأجل في حق الآخر لقصور الحجة عنه لا لأن نصيبه غير مؤجل في حق المقر ولا يكون في أعمال إقراره في نصيبه معنى قسمة الدين بخلاف النسأ والأجل حتى لو أقر أحدهما إن نصيبه مؤجل فهو على الخلاف أيضا والطريق الآخر إن في تصرف الآخر إضرارا لشريكه وأحد الشريكين إذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كاتب أحد الشريكين العبد كان للآخر أن يبطل المكاتبة وبيان ذلك أن مؤنة المطالبة

بجميع الدين على شريكه لأنه يؤخر نصيبه حتى يستوفي الآخر نصيبه فإذا أجل الأجل شاركه في المقبوض ثم يؤخر نصيبه مما بقي حتى يستوفي الآخر نصيبه فإذا أجل شاركه في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى تكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى وبه فارق الإبراء لأنه ليس في تصرفه هناك إضرار لشريكه لأنه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك وكذلك استيفاء نصيبه أو الشراء بنصيبه أو الصلح أو قبول الحوالة ليس فيه إضرار بالشريك وإذا أقر أن الدين مؤجل فهو غير ملحق الضرر بشريكه ولكن في زعمه أن الشريك ظالم في المطالبة ولا يستقل له على المطلوب حتى يحل الأجل فيكون هو في المطالبة ظالما ملتزما مؤنة المطالبة باختياره فلهذا يصح إقراره في نصيبه ولو صالح أحد الشريكين المديون على مائة درهم على أن أخر عنه ما بقي من حصته لم يجز التأخير في قول أبي حنيفة رحمه الله وما قبض فهو بينهما نصفان لأن المقبوض جزء من دين مشترك حقهما فيه سواء وعندهما تأخيره فيما بقي صحيح والمقبوض بينهما نصفان أيضا لأنه حين قبضه كان حقهما في الدين سواء فصار المقبوض بينهما نصفين فتأخير أحدهما ما بقي من حقه لا يغير حكم الشركة بينهما في المقبوض لأن التأخير لا يمس المقبوض وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان وكل واحد منهما لا يملك التصرف في نصيب صاحبه من الدين بمنزلة الشريكين في الملك فأما المتفاوضان فتأخير أحدهما جائز على الآخر لأن التأخير من صنع التجار وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما هو من صنع التجار ولو أقر أحد الشريكين في الدين وهو ألف درهم إنه كان للمطلوب عليه خمسمائة درهم قبل دينهما فقد برئ المطلوب من حصته بطريق المقاصة بمنزلة ما لو أبرأه ولا يكون لشريكه عليه شيء لأن المقر صار قابضا بنصيبه من الدين ما كان عليه ل ا مقضيا فإن آخر الدينين قضاء عن أولهما لأن القضاء لا يسبق الوجوب وإنما يشاركه الآخر فيما يقبض فإذا لم يصر بهذا الطريق قابضا شيئا لا يكون للآخر أن يشاركه فيه كما لو أبرأه من نصيبه أو وهبه له وكذلك لو جنى عليه عمدا دون النفس جناية يكون أرشها خمسمائة أو صالح من جناية عمد فيها قصاص على ذلك لأنه ما صار مستوفيا شيئا مضمونا أو شيئا قابلا للشركة وإنما صار متلفا لنصيبه فلا يكون للآخر أن يرجع عليه بشيء ولو غصب أحد الشريكين من المديون ما يساوي خمسمائة فهلك في يده فللآخر أن يرجع عليه بمائة وخمسين لأنه صار قابضا بنصيبه مالا مضمونا وضمان الغصب يوجب الملك في المضمون فكأنه استوفى نصيبه ولأن المديون يكون قابضا لنصيبه بطريق المقاصة لأن دينه يكون آخر الدينين ولو حرق أحدهما ثوبا للمديون يساوي خمسمائة فكذلك الجواب في قول محمد رحمه الله لأنه بالإحراق صار قابضا متلفا للمال ويكون ذ لك مضمونا فيكون كالغصب والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقضيا وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع عليه بشيء لأنه متلف لنصيبه بما صنع لا قابض والإحراق إتلاف ويكون هذا نظير الجناية وقد بينا أنه لو جنى أحدهما على المديون حتى يسقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء فكذلك إذا جنى على ماله بالإحراق ولو صالحه على مائة درهم على أن أبرأه مما بقي من حصته بعد قبض المائة أو قبل قبضها كان لشريكه أن يرجع عليه بخمسة أسداس المائة لأن الباقي من دينه على المديون مائة ونصيب شريكه خمسمائة فالمقبوض يكون مقسوما بينهما على مقدار حقهما بخلاف ما إذا أجل فيما بقي على قولهما لأن التأجيل

لا يسقط نصيبه من الدين وإن تأخر حق المقبوض فلهذا بقي المقبوض بينهما نصفين ولو كان قبض المائة وقاسمهما شريكه نصفين ثم أبرأه مما بقي له كانت القسمة جائزة لا تعاد لأن عند تمام القسمة كان حقهما في ذمة المديون سواء فسقوط ما بقي من نصيب أحدهما بالإبراء لا يبطل تلك القسمة بعد تمامها ولو كان لرجلين على رجل حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم من حصته فهو جائز ويدفع إلى شريكه إن شاء ربع كر وإن شاء خمسة دراهم لأنه بهذا الصلح صار مستوفيا لنصيبه فللآخر أن يطالبه بنصف نصيبه وهو ربع كر كما لو استوفاه حقيقة وهذا لأن الصلح يصحح بطريق المبادلة ما أمكن ومبادلة الكر بعشرة دراهم صحيحة إلا أن مبنى الصلح على الإغماض والتجوز بدون الحق فمن حجة المصالح مبادلة الكر بعشرة دراهم صحيحة إلا أن يقول إنما توصلت إلى نصيبي لأني تجوزت بدون حقي فإن أردت أن تشاركني فتجوز بما تجوزت به لأدفع إل يك نصف ما قبضت وهي خمسة دراهم فلهذا كان الخيار لقابض الدراهم في ذلك ولو باعه حصة من الطعام بعشرة دراهم ضمن لشريكه ربع الكر ولا خيار له في ذلك لأن مبني البيع على الاستقصاء فيصير هو بطريق البيع كالمستوفي بجميع نصيبه لشريكه نصفه ولأن البيع عقد ضمان فيصلح أن يكون موجبا لشريكه عليه ضمان نصف نصيبه والصلح عقد تبرع فلا يكون موجبا للضمان على المتبرع إلا أن يلتزم ذلك باختيار ثم في الشراء إذا رجع بربع الكر فما بقي في ذمة المطلوب وذلك نصف كر يكون مشتركا بينهما كما لو قبض أحدهما نصيبه وشاركه الآخر فيه ولو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صحكا واحدا بألف ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك كما لو أقرضه كل واحد منهما خم سمائة وكتبا بالألف صكا واحدا وكذلك لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن للمشتري أن لا يقبل البيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن نصيبه خمسمائة بخية وشرط الآخر خمسمائة سوداء لأن التسمية تفرقت ويغني نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وصفا فأما إذا باعاه صفقة واحدة بثمن واحد فأيهما قبض من ذلك شيئا شركه الآخر فيه لأنه دين وجب لهما بسبب واحد بدلا عما هو مشترك بينهما فلا يقبض أحدهما شيئا إلا بشركة الآخر لأن المقبوض إما أن يكون عين ما كان في الذمة أو بدلا عنه وحكم البدل حكم المبدل ولو كان لرجلين على رجل ألف درهم بخية فصالحه أحدهما من نصيبه على خمسمائة زيوف أو على خمسمائة سود كان لشريكه أن يأخذ منه نصفها لأن ثبوت حق المشاركة له باعتبار قبضه فإنما ينظر إلى صفة المقبوض فيشاركه فيه ويأخذ منه نصفه وهذا لأن ال مستوفي إنما وصل إلى حقه لأنه تجوز بدون حقه فعلى الآخر أن يتجوز به إذا أراد مشاركته لأن مشاركته لا تكون إلا بعد رضاه بقبضه وعند الرضا يصير كأنهما قبضا ذلك وإذا كان لرجلين على رجل كر حنطة فصالحه أحدهما عن نصيبه على كر شعير وقبضه وأعطى شريكه ربع كر حنطة ثم وجد بالشعير عيبا ينقصه العشر وقد حدث به عنده عيب آخر فإنه يرجع بنصف عشر كر حنطة وهو حصة العيب فيكون ذلك له خاصة لأنه غرم بدل هذا المقبوض لشريكه فإن هذا المقبوض بدل عن هذا الجزء الفائت بالعيب وقد غرم لشريكه حصة ذلك فيكون له خاصة وإذا اشترى الرجل من الرجل ثوبا بفرق بثمن جيد بغير عينه ثم صالحه من الثمن على فرق زيت ودفعه إليه في المجلس جاز لأن الموزون بمقابلة الثوب يستحق ثمنا إذا كان بغير عينه والاستبدال

قبض القبض جائز وإذا تعين في المجلس بالقبض فهو كالمعين عند العقد وإذا صالح الرجل الرجل من دعواه على كر حنطة وسط ثم صالحه من ذلك الكر على كر شعير بغير عينه وافترقا قبل القبض لم يجز لأنه دين بدين ولو كان الشعير بعينه جاز لأن الافتراق حصل عن عين بدين وذلك جائز فيما سوى عقد الصرف وهو كان لرجلين على رجل ألف درهم لأحدهما ومائة دينار للآخر فصالحاه من ذلك كله على ألف درهم وقبضا لم يجز بخلاف ما إذا كان المال لواحد فهناك يصير مبرئا من أحد المالين مستوفيا للآخر فأمكن تصحيح العقد بطريق الإسقاط وهنا لا يتأتى ذلك لأنهما صالحاه على أن يكون الألف لهما فلو أجزنا ذلك قسمنا الدراهم بينهما على ألف درهم ومائة دينار فيكون الألف درهم

بأقل من ألف درهم وذلك ربا وكذلك لو كان لأحدهما عليه كر حنطة وللآخر كر شعير قرض فصالحاه على كر حنطة فهو باطل لأنا لو جوزناه لم يكن بد من قسمة المقبوض على قيمة كر حنطة وقيمة كر شعير بينهما جاز وتقسم المائة بينهما على قيمة الحنطة والشعير لأنهما كالبائعين منه الحنطة والشعير بمائة درهم والبدل يقسم على قيمة المبدل ولو كان لرجلين على امرأة ألف درهم فتزوجها أحدهما على حصة منها فهو جائز ولا يرجع صاحبه عليه بشيء لأنه لم يقبض بحصته شيئا مقبوضا يقبل الشركة فإنه يملك به البضع والبضع ليس بمال متقوم ولا يكون مضمونا على أحد فلا يقبل الشركة فهو كالجناية التي تقدمت وروى بشير عن أبي يوسف رحمه الله أن للآخر أن يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لأن النكاح إنما ينعقد بمثل تلك الخمسمائة والصداق لا يجب بالعقد ويكون مالا متقوما ثم يصير الزوج مستوفيا لنصيبه من الدين بطريق المقاصة لأن آخر الدينين دين المرأة فتصير هي قاضية به نصيب الزوج من الدين وكذلك لو كان لامرأتين على زوج إحداهما ألف درهم فاختلفت منه فليس للأخرى أن ترجع عليها بشيء لأنها لم تقبض شيئا ولو كان تزوجها أحدهما على خمسمائة ثم قاصها بحصته من الألف أو لم يقاصها رجع عليه شريكه بمائتين وخمسين لأنه صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة ثم تتبع ابنها بخمسمائة ولو طلقها قبل أن يدخل بها رجع عليها بمائتين وخمسين لتنصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ويتبعانها بخمسمائة أيضا فيكون عليها سبعمائة وخمسون فما خرج من ذلك كان بينهما على حساب ذلك أثلاثا ولو كان لرجلين على رجل ألف درهم فقال له أحدهما قد برئت إلي من خمسمائة فهذا إقرار بالقبض ولشريكه أن يأخذه بنصفها لأنه قد أقر ببراءته بفعل مبتدأ بالمطلوب متحتم بالطالب وذلك بطريق الإيفاء فكان هذا وإقراره باستيفاء نصيبه سواء وكذلك لو استأجر منه أحدهما دارا بحصته منها وسكنها فهو بمنزلة القبض أو استأجر بنصيبه عبدا للخدمة أو أرضا للزراعة لأن المنافع مال في حكم العقد وهي بالاستيفاء تدخل في ضمان المستأجر بمنزلة المشتري ولو اشترى أحدهما بنصيبه شيئا كان ذلك بمنزلة القبض وللآخر أن يرجع عليه بنصف نصيبه فكذا هذا وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال هذا إذا استأجر أحدهما بخمسمائة ثم أصاب قصاصا بنصيبه فأما إذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح لأن المنفعة ليست بمال مطلق فإذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقا لشريكه والله تعالى أعلم بالصواب " (١).

---

(١) المبسوط، ٨١/٧

" (قال رحمه الله) وإذا صالح الرجل من السلم على ماله ما لم ينبغ له أن يشتري به شيئا حتى يقبضه عندنا وقال زفر رحمه الله لا يشترط ذلك لأنه ليس له وجه رده بسبب القبض فيجوز الاستبدال به كالمغصوب والمستقرض وهذا لأن إقالة السلم فسخ وليس بعقد مبتدأ بينهما بدليل أنه لا يستحق قبض رأس المال في المجلس والدين بالدين حرام فإذا كان فسخا وجب رد رأس المال بسبب القبض لا بسبب عقد السلم ولكنا نقول قد ثبت بالنص إن رب السلم ممنوع شرعا من أن يأخذ غير رأس المال وغير المسلم فيه فلو جوزنا الاستبدال بعد الإقالة أدى إلى ذلك وإنما لا يجوز الاستبدال بالمسلم فيه قبل الإقالة بهذا المعنى لما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد فالإبراء عن المسلم فيه يصح بالاتفاق وهذا المعنى موجود في الاستبدال برأس المال بعد الإقالة فيكون ذلك فاسدا شرعا فإن كان رأس مال السلم عوضا فصالح عليه ثم هلك قبل أن يقبضه فعلى المسلم فيه قيمته لأن الإقالة لا تنقض بهلاك رأس المال قبل الفسخ فإن إقالة السلم بعدما صح لا تحتمل الفسخ لأن المسلم فيه كان دينا وقد سقط بالإقالة والساقط متلاش لا يتصور عوده ولهذا لو أراد فسخ الإقالة لم يملكها ولو اختلفا في رأس المال بعد الإقالة لم يتخالفا فإذا ثبت أن الإقالة باقية بعد هلاك العوض قلنا تعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب للرد فتجب قيمته كالمغصوب وكذلك لو هلك قبل أن يناقض السلم مالا يمنع بقاء الإقالة لا يمنع ابتداء الإقالة وهذا لأن السلم في حكم بيع المعاوضة فإن المسلم فيه بيع وهو قائم بمحله بعد هلاك رأس المال وهلاك أحد العوضين في المعاوضة لا يمنع الإقالة ابتداء وبقاء فإن كان للسلم كفيل يبرأ الكفيل حين وقع الصلح على رأس المال لأن الأصيل برئ عن المسلم فيه لأنه لو كان بدلا عنه لم تصح الإقالة فإن مبادلة الدين بالدين حرام لكنه دين آخر لزم الأصيل ولم يكفل به الكفيل ولا يجوز الصلح من السلم على جنس آخر سوى رأس المال لأن استبدال بالمسلم فيه وذلك فاسد والأصل فيه حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : إذا أسلمت في شيء فلا تصرفه في غيره ولو كان السلم كر حنطة فصالحه منه على نصف كر حنطة على أن أبرأه مما بقي جاز لأن هذا حط ولا إبراء عن جميع المسلم فيه صحيح في ظاهر الرواية لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس وقد بيناه في البيوع فكذلك الإبراء عن بعضه وكذلك لو كان السلم كر حنطة جيدة فصالحه على كر رديء إلى شهر لأن رب السلم تبرع بالتأجيل بعدما حل حقه وتجوز بدون حقه أيضا وذلك مندوب إليه قال صلى الله عليه و سلم لصاحب الدين أحسن إلى الشريك ولو كان السلم كر حنطة رديئة فصالحه على كر جيدة على أن يزيده رب السلم درهما في رأس المال لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجاز في قول أبي يوسف رحمه الله إذا نقده الدراهم قبل أن يتفرقا وقد بينا هذه الفصول في كتاب البيوع في الحط والزيادة في المكيل والموزون والمذروع إلا أن قول أبي يوسف رحمه الله لم يذكر في كتاب البيوع وإنما ذكر هنا فأما المسائل فهي التي ذكرناها في البيوع أعادها هنا ولو كان المسلم فيه كر حنطة إلى أجل والثمن دراهم أو شيء بغير عينه فاصطلحا على أن زاده الذي عليه السلم نصف كر حنطة إلى ذلك الأجل لم تجز الزيادة لأنها لو جازت كانت برأس مال دين يبتدئ عقد السلم برأس مال هو دين لا يجوز فكذلك الزيادة ولهذا لم تجز الزيادة في اليمن بعد هلاك المبيع اعتبارا لحالة الزيادة بحالة ابتداء العقد وعلى المسلم إليه أن يرد ثلث رأس المال إلى رب السلم وعليه كر حنطة تام في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ليس عليه رد شيء من رأس المال لأنه ما حط شيئا من رأس المال إنما زاده في المسلم

فيه ولم تثبت تلك الزيادة فبقي جميع رأس المال بمقابلة الكر والعقد في جميع الكر باق فلا يجب رد شيء من رأس المال وأبو حنيفة رحمه الله يقول الزيادة في المعقود عليه حال قيام العقد وبقاء المعقود عليه صحيح كما في بيع العين وإنما تعذر إثبات الزيادة هنا لأنه دين بدين فإذا لم تثبت الزيادة في المسلم فيه باعتبار هذا المعين وجب رد الدين الذي بمقابلة هذا لأنه لو ثبتت هذه الزيادة ألحقت بأصل العقد ويصير كأنه أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ونصف ثم أبطلا العقد في نصف الكر فيجب رد حصته من رأس المال وهو الثلث وإقدامه على هذه الزيادة إخراج الثلث من رأس المال حتى يكون بمقابلة الكر فإذا لم يكن جعله بمقابلة نصف الكر جعل حطا ليحصل مقصوده وهو إخراج الغبن من العقد وإدخال الرخص فيه وهذه المسألة نظير ما ذكرنا في العتاق فيما إذا قال لعبده وهو أكبر سنا منه هذا ابني لم يعتق عندهما لأن ما صرح به صار لغوا لم يثبت به

شيء آخر وعند أبي حنيفة رحمه الله يجعل ذلك عبارة عن الإقرار بالعتق مجازا فهنا أيضا تحصيل الزيادة في المسلم فيه عبارة عن حق حصته من رأس المال فجاز وإن كان السلم عشرة دراهم في رأس المال جاز لأن المعقود عليه قائم في الذمة فتجوز الزيادة في السلم ملتحقة بأصل العقد ثم مجلس الزيادة فيما زاد كمجلس العقد في رأس المال لأنها وجبت في هذا المجلس فيشترط قبضها قبل أن يتفرقا فإن تفرقا قبل أن يقبض العشرة بطلت حصتها من الكر كما لو كانت الزيادة مذكورة في أصل العقد فتفرقا قبل قبضها فإن كان السلم ثوبا يهوديا قد حل فصالحه على نصف رأس المال وعلى أن يعطيه نصف الثوب جاز عندنا لأنهما تقايلا السلم في النصف وذلك جائز اعتبارا للبعض بالكل وفيه يقول ابن عباس رضي الله عنهما ذلك المعروف الحسن الجميل فإن أتاه بنصف ثوب مقطوع لم يجبر على أخذه لأنه في حال قيام العقد في الكل لو أتاه بالثوب مقطوعا نصفين لم يجبر على أخذه فكذلك بعد الإقالة في النصف وهذا لأن القطع في الثوب عيب فكما استحق صفة السلامة في جميع الثوب بالعقد يستحقها في النصف الذي بقي فيه العقد فلا يجبر على أخذ ثوب مقطوع ولكنه تأيد بثوب صحيح فيكون له نصفه ويكونان شريكين فيه ولو كان السلم إلى أجل فصالحه على أن يأخذ نصف رأس المال ويناقضه السلم ويعجل له نصف السلم قبل الأجل جاز النقض في نصف رأس المال ولم يجز التعجيل لأن الصلح على رأس المال إقالة وقد شرط في الإقالة تعجيل النصف الآخر وإسقاط المسلم إليه حقه في الأجل وهو شرط فاسد إلا أن الإقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط ولهذا لا يشترط فيها تسمية البدل فالفاسد من الشروط لا يبطلها وأما شرط التعجيل في النصف الآخر فباطل لأنه مقابلة الأجل بشيء مما عاد إليه المسلم فيه أو بمنفعة حصلت له بالإقالة في النصف وذلك باطل فيكون الباقي عليه إلى أجله ولو كان أسلم كر حنطة إلى رجل فصالحه على أن زاده في الأجل شهرا على أن حط عنه من رأس المال درهما ورد عليه الدرهم لم يجز لأنه مقابلة الأجل بالدرهم المردود وذلك ربا ولو كان حالا فرد عليه من رأس المال درهما على أن الكر عليه كما كان أو على أن أخره شهرا كان جائزا أما إذا شرط أن الكر عليه كما كان فهو غير مشكل لأن المسلم إليه حط درهما من رأس المال ولم يشرط لنفسه بمقابلته شيئا وإنما الإشكال في قوله أو على إنه أخره شهرا فإن كان المراد على أن أخر المسلم فيه عنه شهرا فهو غلط لأنه مقابلة الأجل بالدرهم الذي رده عليه وذلك ربا وإن كان المراد منه على أن أخره بالدرهم المحطوط شهرا فهذا صحيح لأن المحطوط واجب رده باعتبار القبض فيجوز التأجيل فيه كالمغصوب المستهلك وهو الظاهر من مراده لأنه

قال وكذلك لو افترقا قبل أن يقبض الدرهم فبه تبين أن المراد بيان أن المحطوط لا يجب قبضه في المجلس إليه فإنه ي أ خذ قيمتها يوم دفعها إليه لأن الزيادة المنفصلة متولدة من عينها ومثل هذه الزيادة تمنع فسخ العقد على العين لأن الولد يبقى فضلا خاليا عن المقابلة فيكون ربا وقد بيناه في البيوع إلا أن الإقالة لا تبطل بالشرط الفاسد واشتراط رد عينها بعد الولادة بشرط فاسد لا يمنع صحة الإقالة وبعد صحتها يجب رد قيمتها يوم قسطها لتعذر رد عينها وكذلك لو قتل الولد فأخذ أرشه لأن قيام بدله في يده كقيام عينه وإن كان الولد مات كان له أن يأخذ الجارية لأن المانع كان هو الزيادة وقد فات من غير صنع أحد فصار كأن لم يكن فإن كانت الولادة بقبضها كان لرب السلم الخيار إن شاء أخذها وإن شاء أخذ قيمتها يوم دفعها بمنزلة ما لو تعيبت عنده بعيب آخر وهذا لأن تعذر الرد بعد النقصان فحق رب السلم فإذا رضي به جاز رده فأما بعد الزيادة بعد الرد فحق الشرع وهو معنى الربا فلا يسقط ذلك برضا رب السلم بها ولو لم تكن ولدت و لكنه جنى عليها فأخذ أرش الجناية لم يكن لرب السلم إلا قيمتها لأن الأرش بدل جزء من عينها فهو بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة من العين ولو كان المسلم إليه باعها لرب السلم ثم صالحه على رأس المال فعلى المسلم إليه قيمتها يوم قبضها بمنزلة ما لو باعها من غيره وكذلك لو وهبها له على عوض فالهبة بشرط العوض بعد التقابض كالبيع وإن وهبها بغير عوض ففي القياس كذلك بمنزلة ما لو وهبها من غيره وفي الاستحسان لا يرجع بشيء لأن ما هو المقصود له عند الإقالة قد حصل له قبل الإقالة وهو عود رأس المال إليه مجانا فلا يستوجب عند الإقالة شيئا آخر كمن عليه الدين المؤجل إذا أجل ثم حل الأجل بخلاف البيع فهناك لم يحصل مقصوده لأن رأس المال ما يسلم له إلا بعوض غرمه من ماله

وهذا نظير ما بيناه في الصداق إذا كان عينا فوهبته للزوج ثم طلقها قبل أن يدخل بها وإذا كان السلم حنطة رأس مالها مائة درهم فصالحه على أن يرد عليه مائتي درهم أو مائة وخمسين درهما لم يجز لأن هذا استبدال وليس بإقالة فإنه يسمى فيه ما لم يكن مذكورا في العقد والصلح إنم يكون إقالة إذا كان على رأس المال فإذا كان على شيء آخر فهو استبدال والاستبدال بالمسلم فيه باطل وإن صالحه على مائة درهم من رأس ماله فهو جائز لأنه حرف من هنا صلة فيبقى الصلح على مائة درهم رأس ماله وذلك إقالة وكذلك إن قال خمسين درهما من رأس مالك فهو جائز لأنه لم يذكر فيه ما لم يكن مستحقا بالعقد فيكون إقالة فإن قال مائتي درهم من رأس مالك فهو باطل لأن رأس المال دون المائتين فحين ذكر في الصلح ما لم يكن مذكورا في العقد كان ذلك استبدالا للمسلم فيه وإذا كان بعض ما هو مذكور في العقد فهو إقالة صحيحة وشرط ترك بعض رأس المال له باطل والإقالة لا تبطل بالشرط الفاسد وإذا سلم الرجل إلى رجل ثوبا في كر حنطة وفيه المسلم إليه ثم إن المسلم إليه سلم ذلك الثوب لم يرده على الأول ويأخذ منه الأول قيمته لأن الأول صالحه على رأس المال والثوب خارج عن ملكه فيجب عليه بهذا الصلح رد قيمته ثم عاد إليه الثوب بملك مستقبل في حق الأول على ما عرف على أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما وفي حق الأول عاد الثوب بملك مستقبل فلهذا يأخذ قيمته ولا سبيل له على عينه كما لو اشتراه الثاني من الثالث فإن اصطلحا كان له ذلك لأن رأس ماله بعينه وهو عائد إليه بطريق الفسخ في حقه وإنما جعل الإقالة بمنزلة البيع الجديد في حق غيره لدفع الضرر فإذا

وقع **التراضي** عليه فقد اندفع الضرر فهذا لأن الاستبدال إنما لا يجوز لما فيه من أخذ رأس المال وغيره المسلم وذلك لا يوجد هنا فإنما يأخذ رأس ماله بعينه وإن كان عو د ه إليه بحكم ملك جديد وهذا لأن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين لتراضيهما عليه وإذا رضي الأول بذلك كان فسخا في حقه أيضا وهذا بخلاف ما إذا قضى القاضي له بالقيمة قبل أن يصالح الثاني مع الشك لأن حقه هناك تقرر في القيمة بقضاء القاضي فلا يعود في العين بعد ذلك وإن قدر على رده وفي الأول لم يتقرر حقه في القيمة بقضاء القاضي فيعود التعين إذا وقع **التراضي** عليه كما في المغصوب الآبق إذا عاد لأن هناك بعد قضاء القاضي لو اصطلح على أخذ العبد جاز بطريق إنه بدل عن القيمة التي قضى بها القاضي وهنا لا يجوز لأن القيمة التي قضى بها القاضي رأس مال السلم والاستبدال برأس المال بعد الإقالة لا يجوز **بالتراضي** وكذلك لو كان الأوسط قبل الثوب بغير حكم بعيب بعد الصلح الأول أو قبله لأن قبوله بالعيب حكم بمنزلة الإقالة ولو رد عليه بعيب بقضاء قاض ثم ناقض الأقل رده بعينه لأن الرد بقضاء القاضي فسخ من الأج ل أعاد إليه الثوب على الملك الذي كان له قبل ملك الثاني فهو وما لو صالح الأول على رأس المال قبل العقد الثاني سواء ولو كان ناقضه السلم قبل أن يرد عليه الثوب فقضى له بقيمته ثم رد الثوب عليه بعيب بقضاء القاضي كان عليه قيمته بسبب المناقضة لأن القيمة تقررت عليه بقضاء القاضي فلا يسقط عنه بعود رأس المال إليه بعد ذلك على أي وجه الثوب رد عليه بالعيب بسبب هو فسخ من الأصل فيكون له أن يرده بالعيب على بائعه ويأخذ قيمته وإنما رده بالعيب لدفع الضرر عنه وأخذ القيمة لأن مناقض السلم عقد الرد فبطل ولما صار رأس المال هو القيمة التي قبض بقي هنا الثوب ثوبا بنفسه أن يسلم إليه على رد السلم وقد تعذر رده إليه سليما فيلزمه قيمته كما في الصداق إذا رد بعيب فاحش يؤخذ قيمته من الزوج ولو كان وهبه ثم اشتراه أو ورثه ثم أقاله السلم كان عليه قيمة الثوب لأنه عاد إليه الثوب بملك متجدد بالشراء وفي الوراثة كذلك لأن الوارث يخلف المورث في الملك والملك الذي كان للمورث كان ملكا متجددا سوى المستفاد بعقد السلم فيخلفه الوارث في ذلك الملك واختلاف سبب الملك باختلاف العين لأنه عاد إليه عين آخر فلهذا لزمه عند الإقالة قيمة الثوب ولو رجع في الهبة ثم ناقضه السلم رد عليه بعيبه لأن الرجوع فسخ الهبة سواء حصل بقضاء أو بغير قضاء وإنما يعود إليه الملك الذي كان قبل الهبة وإذا مات رب السلم أو المسلم إليه ثم صالح الحي الوارث وماتا جميعا ثم صالح الوارث على رأس المال جاز لأن الوارث خلف المورث فيما كان له والصلح على رأس المال إقالة تستفاد بالملك دون العقد (ألا ترى) أن الوكيل بالشراء لا يملك الإقالة بعد الشراء والموكل يملكها لأن الملك له فإذا كان الوارث قائما مقام المورث في الملك قام مقامه في الإقالة أيضا

وإذا صالح رب السلم المسلم إليه على أن يرد عليه رأس المال وبعض المسلم فيه لم يجز لأن هذا استبدال للمسلم فيه فإن بمقابلة نصف المسلم فيه نصف رأس المال وهو قد صالحه على أن يرد عليه بمقابلة نصف المسلم فيه جميع رأس المال فيكون هذا استبدالا وذلك باطل ولو كان رأس المال ثوبا فصالحه على أن إبرأه عن الطعام على أن يرد عليه رب السلم خمسة دراهم فهذا باطل أيضا لأن المسلم فيه يأخذ الخمس أيضا بغير شيء أعطاه إياه فإن الطعام قد سقط عنه كله ومثل هذا يكون ربا وإذا كان رأس المال عرضا فصالحه فباعه المسلم إليه من رب السلم بطعام مثل طعامه

أو أكثر جاز وإن رب السلم بائع لذلك العرض وقد اشترى بعد السلم بمثل ما باعه أو بأكثر وذلك جائز وإن باعه بأقل لم يجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد السلم وهو المسلم فيه فغير جائز لأنه استرباح على ما لم يدخل في ضمانه وقد بيناه في البيوع وكذلك لو كان ذلك بطريقة الصلح وإذا كان وإذا رأس المال شاة فأصاب المسلم إليه من لبنها وصوفها وسمنها ثم صالحه على رأس المال جاز وعليه ثمنها لمكان الزيادة المتولدة من العين كما في الولد الذي قدمنا قال إلا أن يرضى رب السلم أن يأخذ الشاة بعينها ومراده إذا لم تكن الزيادة قائمة ولكن المسلم إليه هنا استهلكها فإن لم يجب عليه عوض بالاستهلاك فيكون هذا بمنزلة تفويته جزأ من عينها وذلك يمنع رد عينها بعد الإقالة إلا أن يرضى به رب السلم فهذا مثله وكذلك لو كان نخلا فأكل من ثمرته بخلاف الولد الذي أعتقه فهناك ولاء الولد باق له والولاء أثر من آثار الملك فيكون بقاؤه كبقاء ملكه في الولد فيمنع رد عينها وإن رضى رب السلم بها رهنا بعد الاستهلاك لم يبق شيء من الزيادة فوزان هذا من ذلك أنه لو قتل الولد ولو كان عبدا فأكل من غلته ثم صالحه على رأس المال كان عليه أن يرد العبد ولا يرد الغلة لأن ال غلة ليست متولدة من العين وقد بينا الفرق بينها وبين الزيادة من العين في البيوع قال فإذا كان السلم فاسدا فلا بأس بأن يشتري برأس ماله ما يشاء يدا بيد كما يشتري بالعرض لأن المسلم فيه مع فساد العقد غير مستحق فما بقي من رأس المال لا يكون بدلا من المسلم فيه ولا هو مستحق بقية السلم إنما هو بمنزلة فرض أقرضه والاستبدال ببدل القرض جائز بخلاف الاستبدال برأس المال بعد الإقالة في باب السلم لأن المقبوض كان مستحقا بعقد القبض وكان السلم بدلا عن المسلم فيه فلا يجوز الاستبدال فيه بعد الفسخ كما لا يجوز الاستبدال في المسلم فيه ولا برأس المال قبل الفسخ وإذا كان للمتفاوضين سلم على رجل فصالحه أحدهما على رأس المال جاز لأن الإقالة من صنع التجار وأحد المتفاوضين في صنع التجار قائم مقام صاحبه وكذلك شركاء العنان لأن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال إقالة وأحد الشريكين يملك ذلك في حق شريكه كما في الإقالة في بيع العين لو اشتريا عبدا ثم أقال أحدهما المبيع من البائع جاز ذلك على شريكه لأن أكثر ما فيه أن الإقالة بمنزلة بيع جديد وكل واحد من الشريكين يملك ذلك وكذلك يملك الإقالة والصلح على رأس المال في السلم ولو أمر رجل رجلا فأسلم له في كر حنطة ثم صالح الذي ولي السلم على رأس المال جاز عليه ويضمن كر سلم للآمر في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف رحمهما الله لا يجوز صلحه على رأس المال وقد بينا هذا في البيوع أن الوكيل بالسلم إذا أبرأ المسلم إليه جاز في قولهما وكان للآمر مثل طعامه وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز وكذلك إذا أبرأه لا بطريق الصلح على رأس المال وهذا بخلاف الوكيل بالشراء إذا أقال البيع لأن المشتري هناك صار مملوكا للموكل بعينه وإقالة الوكيل تصادف محلا هو حق غيره بغير أمره فأما المسلم فيه فهو دين واجب بالعقد والعاقد فيه لغيره كالعاقد لنفسه (أ لا ترى) أن حق القبض إليه على وجه لا يملك الموكل عزله عنه والدين في الذمة ليس إلا حق المطالبة بالسلم فتصرفه من حيث الإقالة إسقاط لذلك وهو حق الوكيل فلهذا صح ولكن إذا قبضه تعين المقبوض ملكا للآمر فإذا أقره عليه كان ضامنا له مثله ولو كان الآخر هو الذي صالح المطلوب على رأس المال وقبضه جاز بمنزلة ما لو أبرأه لا بطريق الصلح وهذا لأنه يصير المقبوض ملكا له بالقبض وقد بينا أن ملك الإقالة باعتبار ملك المعقود عليه وباعتبار المال ملك المعقود له عليه فإن المقبوض في عقد السلم عين ما تنوله العقد لا غيره فلهذا صحت الإقالة عن الموكل فصار الحاصل أن الاعتبار حال الدينية هو حق الوكيل لأنه

مختص بالمطالبة والقبض وباعتبار حال العينة هو حق الموكل فتصح الإقالة والإبراء من كل واحد منهما باعتبار أن تصرفه يلاقي محلا هو

حقه وإذا أسلم رجلان عشرة دراهم في كر حنطة فنقد هذا من عنده خمسة وهذا من عنده خمسة ولم يخلطا العشرة ثم صالح أحدهما على رأس ماله وأخذه فهو جائز ولا يشركه الآخر فيه في قول أبي يوسف رحمه الله لأن أصل رأس المال لم يكن مشتركا بينهما ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذا الكتاب وقد ذكر في كتاب البيوع أن الصلح من أحد ربي السلم يتوقف على إجازة الآخر عندهما فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا على الخلاف أيضا إذ لا فرق بين أن يكون رأس المال الذي نقداه مختلطا أو غير مختلط ومنهم من يقول بل جوابهما هنا كجواب أبي يوسف رحمه الله وهذا لاختلاف الطرق لهما في تلك المسألة فعلى الطريق الذي قلنا إن وجوب المسلم فيه باعتبار عقدهما وكل واحد منهما فيه كشطر العلة الجواب في الفصلين واحد وعلى الطريق الذي قلنا إن تجويز صلح أحدهما يؤدي إلى أن يبطل حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقر ر في رأس المال ثم يعود في المسلم فيه هذا الجواب قولهم جميعا لأن ذلك إنما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة هنا إذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال ولو لم يأخذه من رأس المال وقبض شيئا من السلم شاركه صاحبه فيه لأن طعام السلم وجب بالعقد مشتركا بينهما والعقد صفقة واحدة فيشارك أحدهما صاحبه فيما يقبض من الدين المشترك وإذا أسلم الذميان إلى ذمي في خمر ثم أسلم أحدهما بطلت حصته من السلم ورجع إليه رأس ماله لأن إسلامه يمنعه من قبض الخمر بحكم السلم ورجع إليه رأس ماله لأن إسلامه يمنعه من قبض الخمر بحكم السلم

(ألا ترى) أن الخمر لو كانت مبيعا عينا بطل العقد بإسلامه قبل القبض فإذا كانت مملوكة بالعقد دينا أولى فإن صالح من رأس ماله على طعام بعينه أو إلى أجل لم يجز لأن أصل السلم كان صحيحا فإنما عاد إليه رأس المال بعد صحة السلم ببطلان العقد فهو بمنزلة ما لو عاد إليه بالإقالة وقد بينا أن الاستبدال بالمال بعد الإقالة لا يجوز ولو توى لنصراني مال من هذا السلم كان له أن يشارك المسلم فيما قبض من رأس المال لأن أصل رأس المال كان مشتركا بينهما وقد عاد إلى أحدهما بصفة بطريق لا يمكن رده وهو الإسلام فيكون للآخر حق المشاركة معه في المقبوض إذا توى ماله على المسلم إليه من الخمر لأن سلامة المقبوض له كانت بشرط أن يسلم ما بقي من الخمر للآخر وهو بمنزلة دين مشترك بين اثنين إذا صالح أحدهما المديون على شيء وأجاز الآخر اتباع المديون بنصيبه ثم توى ما عليه فإنه يكون له أن يشارك صاحبه فيما ق بض فهذا مثله ولو أعتق نصراني عبدا نصرانيا على خمر ثم أسلم أحدهما فعليه قيمة نفسه في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر وهو قول أبي يوسف رحمه الله وفي القول الأول وهو قول محمد رحمهما الله عليه قيمة الخمر وهذا بناء على مسألة كتاب البيوع إذا أعتق عبده على جارية فاستحقت الجارية أو هلكت قبل التسليم لأن هنا تعذر تسليم الخمر بإسلام أحدهما بعد صحة التسمية فهو بمنزلة ما لو تعذر بالهلاك أو الاستخلاف والرد بالعيب قال وكذلك الخلع والنكاح والصلح عن دم العمد وقد بينا هذا في كتاب النكاح إن عند أبي يوسف رحمه الله إذا أسلم أحدهما فله مهر مثلها وعند محمد رحمه الله لها قيمة الخمر والخنزير وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين العين والدين والخمر والخنزير ولو أسلم نصراني خمرا إلى نصراني في حنطة وقبض الخمر ثم أسلم أحدهما لم ينتقض السلم

لأن الإسلام طرأ بعد قبض الحرام وإنما بقي من حكم العقد قبض الحنطة والإسلام لا يمنع من ذلك ولو صالح المسلم منهما على رأس ماله لم يجز لأن رأس المال خمر والمسلم ليس من أهل أن يملك الخمر بالعقد ولا بالفسخ (ألا ترى) أن نصرانيا لو باع نصرانيا جارية بخمر وتقابضا ثم أسلم أحدهما ثم تعاملا لم يجز فكذلك في السلم إذا صالحا على رأس المال وهذا كما لا يتملك المسلم الخمر بالعقد والفسخ لا يملك قيمتها وبه فارق ما لو هلك رأس المال ثم صالحه عليه لأن هناك تصحيح الإقالة على قيمتها ممكن وإنها مال متقوم في حقه وهنا يتعذر تصحيح الإقالة على قيمتها لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وإذا أسلم نصراني إلى نصراني خنزيرا في خمر وقبض الخنزير واستهلكه ثم أسلم أحدهما انتقض السلم لأن الحرام مملوك بالعقد غير مقبوض حين طرأ الإسلام وعليه قيمة الخنزير لأن الخنزير ليس من ذوات الأمثال وحين استهلكه كان هو مالا متقوما في حقهما فيحول حكم رأس المال إلى قيمته (ألا ترى) أنهما لو تقايلا قبل الإسلام وجب رد قيمة الخنزير وكذلك إذا أسلم أحدهما حين انتقض به السلم بخلاف الأول فإن الخمر من ذوات الأمثال ولو استهلكها ثم تقايلا قبل الإسلام كان الواجب الرد مثل تلك الخمر والإسلام يمنع استحقاق تلك أو قيمتها بالإقالة للمسلم وإذا صالح الكفيل بالسلم الطالب من السلم على ثوب والسلم حنطة لم يجز لأن رب السلم بهذا الصلح يصير مملكا الحنطة من الكفيل بالثوب وإذا كان تمليك المسلم فيه من المسلم إليه بعوض لا يجوز فمن غيره أولى ثم هذا على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ظاهر لأنه لو صالح الكفيل على رأس المال لم يجز عندهما فإذا صالحه على شيء آخر أولى وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز صلحه مع الكفيل على رأس المال لأنه قام مقام المسلم إليه مطلوب بطعام السلم كالمسلم إليه وصلحه مع المسلم إليه على غير رأس المال يكون استبدالا ويكون باطلا فكذلك صلحه مع الكفيل ولو صالح الكفيل رب السلم على أن زاده رب السلم درهما في رأس المال وقبضه لم يجز لأن أصل الطعام المسلم في المسلم إليه والكفيل مطالب به فلا يمكن إثبات هذه الزيادة على أن يملكها المسلم إليه لأنه ليس لأحد ولاية إدخال الشيء في ملكه من غير رضاه ولأن رب السلم ما أوجب له الزيادة إنما أوجبها للكفيل ولا يمكن إثباتها للكفيل لأن الزيادة ملحقة بأصل العقد وبأصل العقد لا يجوز أن يملك شيئا من رأس المال بالشرط ممن لا يجب عليه شيء من أصل طعام السلم وليس في ذمة الكفيل شيء من أصل طعام السلم فلهذا لا تثبت الزيادة على الكفيل أن يرد الدراهم ولأن الزيادة تثبت على أن يتغير بها وصف العقد والكفيل ليس بعاقد فلا يملك التصرف في وصف العقد وهو دليل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في أن الكفيل لا يملك الصلح على رأس المال لأن ذلك فسخ للعقد وإذا عقد لم يكن إليه تغيير وصف العقد فلا يكون له ولاية فسخ العقد بطريق الأولى ولو

قال الطالب للكفيل قد أغلى على السلم فزاده الكفيل مختوم حنطة في السلم لم يجز ذلك كما لو زاده المسلم إليه ولم يحط به شيء من رأس المال لأن الكفيل لا يملك حط شيء من رأس المال فإن رأس المال صار متحققا للمسلم إليه وليس إلى الكفيل ولاية إسقاط حقه وقد بينا أن الكفالة بطعام السلم لا تمس رأس المال فلهذا لم يثبت حط شيء من رأس المال بزيادة الكفيل في طعام السلم ولو زاد رب السلم درهما على أن زاده الكفيل مختوم حنطة لم يجز ذلك أيضا لأن كل واحد منهما على الانفراد لا يمكن تصحيحه ولا يمكن أن يجعل هذا ابتداء إسلام الدراهم في مختوم حنطة من الكفيل لأنهما ذكرا ذلك على وجه الزيادة والزيادة تتبع الأصل فلو جعلنا هذا سلما مبتدأ كان أصلا لا زيادة

فيكون غير ما أوجباه وذلك لا يجوز ولو كان السلم ثوبا مرويا فأعطاه الكفيل ثوبا أجود منه أو أطول منه على أن زاده رب السلم درهما لم يجز لأن هذه الزيادة لا يمكن إثباتها على سبيل الالتحاق بأصل العقد لما قلنا ولا يمكن إثباتها بمقابلة الجودة أو زيادة الزرع لأن رب السلم التزامها بيعا لا مقصودا بالمعاوضة وكذلك لو أعطاه ثوبا فرد على الكفيل درهما لم يجز لأن الكفيل لم يبايعه بشيء ولم يستحق عليه شيئا من المال فلا يمكن أن يجعل ذلك حطا في حق الكفيل ولو كان السلم طعاما فأعطاه الكفيل طعاما فيه عيب على أن يرد عليه درهما مع ذلك لم يجز لأن هذا مع الأصيل لا يجوز على ما بينا أن إقالة العقد في الوصف فكيف يجوز مع الكفيل ولو أعطاه طعاما فيه عيب وتجوز به رجع الكفيل على المكفول عنه بمثل ما كفل به لأن بعقد الكفالة وجب للطالب على الكفيل وللكفيل على المطلوب حق مؤجل إلى أن يقضي عنه ما التزمه وقد فعل ذلك حين أعطاه جنس حقه وتجوز هو بالعيب فيه فيرجع على المكفول عنه بمثل ما كفل به ولو أوفاه الكفيل السلم في غير الموضع الذي شرط فقبله كان له أن يرجع به على الأصيل في موضع الشرط لأن استحق بالكفالة عليه مثل ما التزم وماله حمل ومؤنة تختلف ماليته باختلاف المكان فقبول رب السلم منه في غير الموضع المشروط بمنزلة قبوله المعيب فيكون له أن يطالب الأصيل بما استوجبه عليه بالكفالة وهو التسليم في الموضع المشروط ولو صالحه الكفيل على أن يعطيه بما استوجبه عليه بالكفالة وهو التسليم في الموضع المشروط ولو صالحه الكفيل على أن يعطيه السلم في غير موضعه ويعطيه الأجر إلى ذلك الموضع لم يجز الصلح ويرد الأجر ويرد الطعام حتى يوفيه عند الشرط كما لو كان هذا الصلح مع الأصيل وقد بيناه في البيوت ولو كان شرط عليه أن يوفيه إياه بالسواد فصالحه على أن يعطيه بالكوفة ويأخذ له كذا من الأجر لم يجز ذلك ويرجع عليه بذلك إن كان دفعه كما لو صالح مع الأصيل على ذلك وهذا لأنه يأخذ المسلم فيه مع الزيادة وتلك الزيادة خالية عن المقابلة وإذا صالح الذي عليه أصل السلم الكفيل من الطعام على دراهم أو شعير أو ثوب فهو جائز لأن ما استوجبه على المسلم إليه ليس بمستحقه له بعقد السلم بل بعقد الكفالة والكفيل بالكفالة والأداء يصير كالمقرض لما أدى إلى المسلم إليه والاستبدال ببدل القرض وبالدين الواجب بغير عقد السلم صحيح ثم إن كان صلحه بعد الأداء فهو ضامن وإن كان قبل الأداء فإن أدى الطعام إلى الطالب برئا جميعا لحصول مقصود المطلوب وهو براءة ذمته بأداء الكفيل ولو أداه المكفول عنه رجع به على الكفيل لأن مقصود المسلم لم يحصل حين احتاج إلى أداء طعام السلم من ماله والكفيل بمنزلة المشتري منه لما أخذه ثم المقاصة بينهما إنما استوجب به الرجوع فيه فإذا أداه من مال نفسه لم تقع المقاصة فكان له أن يرجع على الكفيل به إلا أن يشاء الكفيل أن يرد عليه ما أخذه به منه لأنه أخذ بطريق الصلح وهو مبني على التجوز بدون الحق وقد بينا نظيره في سائر الديون وإذا أسلم عشرة دراهم إلى رجل في كر حنطة إلى أجل وقبضها ثم مرض رب السلم وحل الطعام وهو يساوي عشرين درهما فتقايلا السلم ثم مات المريض ولا مال له غيره فإن الإقالة تجوز في ثلث الكر ويرد على الورثة ثلثي رأس المال وثلث الطعام لأن المريض بالإقالة حابي بنصف ماله ولا يمكن تصحيح المحاباة فيما زاد على الثلث ولا وجه لإزالة المحاباة في الزيادة بأن يغرم ذلك المسلم إليه من ماله لأن فيه عود الزيادة على رأس المال من رب السلم بطريق الإقالة وذلك لا يجوز ولا وجه إلى إبطال الإقالة لأن إقالة السلم لا يحتمل التبعيض فيتعين الإطلاق

الذي قلنا وهو تصحيح الإقالة في ثلثي الكر وإبطالها في الثلث لأنه لو كان للمريض سوى هذا عشرة دراهم لكانت الإقالة تصح في الكل فإنه يسلم للورثة عشرون درهما والمحاباة

بقدر عشرة فيقسم الثلث والثلثان فالسبيل فيه أن نضم ما عدمنا إلى الموجود ثم ننظر إلى ما عدمنا إنه كم هو من الجملة فتبطل الإقالة بقدره والعشرة التي عدمنا من الجملة الثلث فنبطل الإقالة في ثلث الكر ونجوزها في ثلثي الكر بثلثي رأس المال فيحصل للورثة ثلث كر قيمته ستة وثلثان وثلثا رأس المال ستة وثلثنان فذلك ثلاثة عشر وثلث ويجعل للمسلم إليه ثلثا كر قيمته ثلاثة عشر وثلث بستة وثلث بستة وثلاثين فإنما نفذ بالمحاباة له في ستة وثلاثين وقد سلم للورثة ضعف ذلك فينقسم الثلث والثلثان فإن قيل كيف تبطل الإقالة في الثلث والإقالة في السلم لا ناقض لها قلنا إنما ينفذ من تصرفات المريض ما يحتمل النقض بعد وقوعه فأما ما لا يحتمل النقض فالحكم فيه يثبت على سبيل التوقف كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله في العتق وقد قررنا هذا الأصل في كتاب العتاق والله أعلم بالصواب ." (١)

" قال الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله إملاء : اعلم بأن الشرب هو النصيب من الماء للأراضي كانت أو لغيرها قال الله تعالى : ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ وقال تعالى : ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر وقسمة الماء بين الشركاء جائزة بعث رسول الله صلى الله عليه و سلم والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه والناس تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى يومنا هذا من غير نكير منكر وهو قسمة تجري باعتبار الحق دون الملك إذ الماء في النهر غير مملوك لأحد والقسمة تجري تارة باعتبار الملك كقسمة الميراث والمشتري وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنيمة بين الغانمين ثم بدأ الكتاب بحديث رواه عن الحسن البصري رحمه الله أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : (من حفر بئرا فله ما حوله أربعين ذراعا عطنا لما شقه) والمراد الـحفر في الموات من الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله بإذن الإمام وعندهما لا يشترط إذن الإمام على ما نبينه وظاهر الحديث يشهد لهما لأن النبي صلى الله عليه و سلم ذكر الحفر فقط ومثل هذا في لسان صاحب الشرع لبيان السبب لقوله عليه الصلاة و السلام : (من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر) ولكن أبو الحسن رحمه الله يقول : اتفقنا على أن الاستحقاق لا يثبت بنفس الحفر ما لم يكن ذلك في الموات من الأرض وهذا اللفظ لا يمكن العمل بظاهره إلا بزيادة لا يدل اللفظ عليها فلا يقوى الاستدلال بها ثم فيه دليل على أن البئر لها حريم مستحق من قبل أن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع ببئره إلا بما حوله فإنه يحتاج أن يقف على شفير البئر يسقي الماء وإلى أن يبنى على شفير البئر ما يركب عليه البكرة وإلى أن ينبني حوضا يجمع فيه الماء وإلى موضع تقف فيه مواشيه عند الشرب وربما يحتاج أيضا إلى موضع تنام فيه مواشيه بـعد الشرب فاستحق الحريم لذلك وقدر الشرع ذلك بأربعين ذراعا وطريق معرفة المقادير النص دون الرأي إلا أن من العلماء رحمهم الله من يقول أربعين ذراعا من الجوانب الأربعة من كل جانب عشرة أذرع لأن ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الأربع والأصح أن المراد التقدير بأربعين ذراعا من كل جانب لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول لكيلا يحفر أحد في حريمه بئرا أخرى فيتحول إليها ما ببئره وهذا الضرر

---

(١) المبسوط، ٣٨/٧

ربما لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فإن الأراضي تختلف بالصلابة والرخاوة وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع هذا الضرر ويستوي في مقدار الحريم بئر العطن وبئر الناضح عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما حريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح سبعون ذراعا واستدلا بحديث الزهري أن النبي عليه الصلاة و السلام قال : (حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا) ولأن استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة صاحب البئر الناضح إلى الحريم أكثر لأنه يحتاج إلى موضع يسير فيه الناضح ليستقي فيه الماء من البئر بذلك وفي بئر العطن إنما يستقى بيده فلا يحتاج إلى هذا الموضع واستحقاق الحريم بقدر الحاجة . (ألا ترى) أن صاحب العين يستحق من الحريم أكثر مما يستحق صاحب البئر لأن ماء العين يفيض على الأرض ويحتاج صاحبه إلى اتخاذ المزارع حول ذلك لينتفع بما يفيض من الماء وإلى أن ينبني غديرا يجتمع فيه الماء فاستحق لذلك زيادة الحريم واستدل أبو حنيفة رحمه الله بالحديث الأول فإنه عليه الصلاة و السلام قال : (من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا) وليس فيه فصل بين بئر العطن والناضح ومن أصله أن العام المتفق على قبوله والعمل به يترجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل بهذ ولهذا رجح قوله عليه الصلاة و السلام : (ما أخرجت الأرض ففيه العشر) على قوله عليه الصلاة و السلام : (ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة) وعلى قوله عليه الصلاة و السلام : ليس في الخضروات صدقة ورجح اصحابنا رحمهم الله قوله عليه الصلاة و السلام (التمر بالتمر مثلا بمثل) على خبر العرايا ولأن استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص بخلاف القياس لأن الاستحقاق باعتبار عمله وعمله في موضع البئر خاصة فكان ينبغي أن لا يستحق شيئا من الحريم ولكنا تركنا القياس بالنص فبقدر ما اتفق عليه الآثار ثبت الاستحقاق وما زاد على ذلك مما اختلف فيه الأثر لا يثبت استحقاقه بالشك هذا أصل أبي حنيفة رحمه الله في مسائل الحريم ولهذا لم يجعل للنهر حريما وكذلك في غير هذا الموضع فإنه قال : لا يستحق الغازي لفرسه إلا سهما واحدا لأن استحقاقه ثبت بخلاف القياس بالنص فلا يثبت إلا القدر المتيقن به فأما حريم العين خمسمائة ذراع كما ورد به الحديث لأن الآثار اتفقت عليه ولكن عند بعضهم الخم سمائة في الجوانب الأربعة من كل جانب مائة

وخمسة وعشرون ذراعا والأصح أن له خمسمائة ذراع من كل جانب وقد ذكر أبو يوسف في الأمالي هذا مفسرا في بئر الناضح قال : يتقدر حريمه بستين ذراعا من كل جانب إلا أن يكون الرشا أطول من ذلك فهذا دليل على أن المذهب التقدير من كل جانب بما سمى من الذرعان ثم الاستحقاق من كل جانب في الموات من الأرض بما لا حق لأحد فيه أما فيما هو حق الغير فلا حتى لو حفر إنسان بئرا فجاء آخر وحفر على منتهى حد حريمه بئرا فإنه لا يستحق الحريم من الجانب الذي هو حريم صاحب البئر الأول وإنما يستحقه من الجوانب الأخر فيما لاحق فيه لأن في ذلك الجانب الأول قد سبق إليه وقد ثبت استحقاقه كما قال عليه الصلاة و السلام : (منا مباح من سبق فلا يكون لأحد أن يبطل عليه حقه ويشاركه فيه) وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال : أسفل النهر آمر على أهل أعلاه حتى يرووا وفيه دليل أنه ليس لأهل الأعلى أن يسكروا النهر ويحبسوا ا لماء عن أهل الأسفل لأن حقهم جميعا ثابت فلا يكون لبعضهم أن يمنع حق الباقين ويختص بذلك وفيه دليل على أنه إذا كان الماء في النهر بحيث لا يجري في أرض كل واحد منهم إلا بالسكر فإنه يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا ليرتفع الماء إلى أراضيهم وهذا لأن

في السكر إحداث شيء في وسط النهر المشترك ولا يجوز ذلك مع حق جميع الشركاء وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر ولهذا سماهم آمرا لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن تلزمك طاعتك فهو أميرك بيانه في قوله عليه الصلاة و السلام : (صاحب الدابة العطوف أمير على الراكب) لأنه يأمرهم بانتظارهم وعليهم طاعته بحق الصحبة في السفر وفيه حكاية أبي يوسف رحمه الله حين ركب مع الخليفة يوما فتقدمه الخليفة لجوده ابنه فناداه أيها القاضي الحق بي فقال أبو يوسف : إن دابتك إذا حركت طارت وإن دابتي إذا حركت قطعت وإذا تركت وقفت فانتظرني فإن النبي عليه الصلاة و السلام قال : (صاحب الدابة العطوف أمير على الراكب) فأمر بأن يحمل أبو يوسف رحمه الله على جنبة له وقال : احمل أباك على هذا أهون من تأميرك علي وعن محمد بن إسحاق يرفعه إلى النبي صلى الله عليه و سلم قال : (إذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لأهل الأعلى أن يحبسوه عن الأسفل) والمراد به الماء في الوادي والوادي اسم لموضع في أسفل الجبل ينحدر الماء من كل جانب من الجبل فيجتمع فيه ويجري إلى الموضع الذي ينتفع به الناس فقوله : إذا بلغ الوادي الكعبين ليس بتقدير لازم بالكعبين بل الإشارة إلى كثرة الماء لأن في موضع الوادي سعة فإذا بلغ الماء فيه هذا المقدار فهو كثير يتوصل كل واحد منهم إلى الانتفاع به بقدر حاجته عادة فإذا أراد أهل الأعلى أن يحبسوه عن أهل الأسفل فإنما قصدوا بذلك الإضرار بـأهل الأسفل فكانوا متعنتين في ذلك لا منتفعين بالماء وإذا كان الماء دون ذلك فربما لا يفضل عن حاجة أهل الأعلى فهم منتفعون بهذا الحبس والماء الذي ينحدر من الجبل إلى الوادي على أصل الإباحة فمن يسبق إليه فهو أحق بالانتفاع به بمنزلة النزول في الموضع المباح كل من سبق إلى موضع فهو أحق به ولكن ليس له أن يتعنت ويقصد الإضرار بالغير في منعه عما وراء موضع الحاجة فعند قلة الماء بدئ أهل الأعلى أسبق إلى الماء فلهم أن يحبسوه عن أهل الأسفل به قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم للزبير بن العوام رضي الله عنه في حادثة معروفة وعند كثرة الماء يتم انتفاع صاحب الأعلى من غير حبس فليس له أن يتعنت بحبسه عن أهل الأسفل وعن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : (المسلمون شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار) وفي الروايات : (الناس شركاء في ثلاث) وهذا أعم من الأول فيه إثبات الشركة للناس كافة المسلمين والكفار في هذه الأشياء الثلاثة وهو كذلك وتفسير هذه الشركة في المياه التي تجري في الأودية والأنهار العظام كجيحون وسيحون وفرات ودجلة ونيل فإن الانتفاع بها بمنزلة الانتفاع بالشمس والهواء ويستوي في ذلك المسلمون وغيرهم وليس لأحد أن يمنع أحدا من ذلك وهو بمنزلة الانتفاع بالطرق العامة من حيث التطرق فيها ومرادهم من لفظة الشركة بين الناس بيان أصل الإباحة والمساواة بين الناس في الانتفاع إلا أنه مملوك لهم فالماء في هذه الأودية ليس بملك لأحد فأما ما يجري في نهر خاص لأهل قرية ففيه نوع شركة لغيرهم وهو حق السعة من حيث الشرب وسقي الدواب فإنهم لا يمنعون أحدا من ذلك ولكن هذه الشركة أخص من الأول فليس لغير أهل القرية أن يسقوا نخيلهم وزروعهم من هذا

النهر وكذلك الماء في البئر فيه لغير صاحب البئر شركة لهذا القدر وهو السعة وكذلك الحوض فإن من جمع الماء في حوضه وكرمه فهو أخص بذلك الماء مع بقاء حق السقي فيه للناس حتى إذا أخذ إنسان من حوضه ماء للشرب فليس له أن يسترده منه وإذا أتى إلى باب كرمه ليأخذ الماء من حوضه للشرب فله أن يمنعه من أن يدخل كرمه لأن هذا

ملك خاص له ولكن إن كان يجد الماء قريبا من ذلك الموضع في غير ملك أحد يقول له : اذهب إلى ذلك الموضع وخذ حاجتك من الماء لأنه لا يتضرر بذلك وإن كان لا يجد ذلك فأما أن يخرج الماء إليه أو يمكنه من أن يدخل فيأخذ بقدر حاجته لأن له حق السعة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة فأما إذا أحرز الماء في جب أو جرة أو قربة فهو مملوك له حتى يجوز بيعه فيه وليس لأحد أن يأخذ شيئا منه إلا برضاه ولكن فيه شبهة الشركة من وجه ولهذا لا يجب القطع لسرقته وعلى هذا حكم الشركة في الكلأ في ال مواضع التي لا حق لأحد فيها بين الناس فيه شركة عامة فلا يكون لأحد أن يمنع أحدا من الانتفاع به فأما ما نبت من الكلأ في أرضه مما لم ينبته أحد فهو مشترك بين الناس أيضا حتى إذا أخذه إنسان فليس لصاحب الأرض أن يسترده منه وإذا أراد أن يدخل أرضه ليأخذ ذلك فلصاحب الأرض أن يمنعه من الدخول في أرضه ولكن إن كان يجد ذلك في موضع آخر يأمره بالذهاب إلى ذلك الموضع وإن كان لا يجد وكان بحيث يخاف على ظهره فأما أن يخرج إليه مقدار حاجته أو يمكنه من أن يدخل أرضه فيأخذ مقدار حاجته فأما ما أنبته صاحب الأرض بأن سقى أرضه وكربها لنبت الحشيش فيها لدوابه فهو أحق بذلك وليس لأحد أن ينتفع بشيء منه إلا برضاه لأنه حصل بكسبه والكسب للمكتسب وهذا الجواب فيما لم ينبته صاحب الأرض من الحشيش دون الأشجار فأما في الأشجار فهو أحق بالأشجار النابتة في أرضه من غيره لأن الأشجار تحرز عادة وقد صار محرزا له من يده الثابتة على أرضه فأما الحشيش فلا يحرز عادة وتفسير الحشيش ما تيسر على الأرض مما ليس له ساق والشجر ما ينبت على ساق وبيان ذلك في قوله تعالى : ﴿ والنجم والشجر يسجدان ﴾ والنجم ما ينجم فتيسر على الأرض والشجر ما له ساق . وبيان الشركة في النار أن من أوقد نارا في صخر لا حق لأحد فيه فلكل واحد أن ينتفع بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب والعمل بضوءها فأما إذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك إذا منعه صاحب النار لأن ذلك حطب أو فحم قد أحرزه الذي أوقد النار وإنما الشركة التي أثبتها رسول الله صلى الله عليه و سلم في النار والنار جوهر الحر دون الحطب والفحم فإن أخذ شيئا يسيرا من ذلك الجمر نظر فإن كان ذلك ما له قيمة إذا جعله صاحبه فحما كان له أن يسرده منه وإن كان يسيرا لا قيمة له فليس له أن يسترده منه وله منه أن يأخذه من غير استئذان لأن الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا لا منتفعا وقد بينا أن المتعنت ممنوع من التعنت شرعا وعن عائشة رضي الله عنها قالت : نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع بقع الماء يعني المستنقع في الحوض وبه نأخذ فإن البيع تمليك فيستدعي محلا مملوكا والماء في الحوض ليس بمملوك لصاحب الحوض فلا يجوز بيعه فلظاهر الحديث لا يجوز بيع الشرب وحده لأن ما يجري في النهر الخاص ليس بمملوك للشركاء والبيع لا يسبق الملك وإنما الثابت للشركاء في النهر الخاص حق الاختصاص بالماء من حيث سقي النخيل والزرع ولصاحب المستنقع مثل ذلك وبيع الحق لا يجوز وعن الهيثم أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا فسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا أن يعطوهم فقالوا لهم : إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تقطع فأبوا أن يعطوهم فذكروا ذلك لعمر رضي الله عنه فقال لهم عمر : فهلا وضعتم فيهم السلاح وفيه دليل أنهم إذا منع وهم ليستقوا الماء من البئر فلهم أن يقاتلوهم بالسلاح فإذا خافوا على أنفسهم أو على ظهورهم من العطش كان لهم في البئر حق السعة فإذا منعوا حقهم وقصدوا إتلافهم كان لهم أن يقاتلوهم عن أنفسهم وعن ظهورهم كما لو قصدوا قتلهم بالسلاح فأما إذا كان الماء محرزا

في إناء فليس للذي يخاف الهلاك من العطش أن يقاتل صاحب الماء بالسلاح على المنع ولكن يأخذ منه فيقاتله على ذلك بغير سلاح وكذلك في الطعام لأنه ملك محرز لصاحبه ولهذا كان الآخذ ضامنا له فإذا جاز له أخذه لحاجته فالمانع يكون دافعا عن ماله وقال عليه الصلاة و السلام : (من قتل دون ماله فهو شهيد) فكيف يقاتل من إذا قتله كان شهيدا على لسان رسول اللهصلى الله عليه

وسلم فأما البئر مباح غير مملوك لصاحب البئر فلا يكون هو في المنع دافعا عن ملكه ولكنه مانع عن المضطر حقه فكان له أن يقاتله بالسلاح وللأول أن يقاتل بما دون السلاح لأن صاحب الماء مأمور بأن يدفع إليه بقدر ما يدفع به الضرورة عنه فهو في المنع مرتكب ما لا يحل فؤدبه على ذلك بغير سلاح وليس مراد عمر رضي الله عنه المقاتلة بالسلاح على منع الدلو فإن الدلو كان ملكا لهم ولو كان المراد ذلك فتأويل قوله : فعلا وضعتم فيهم السلاح أي برهنتم عندهم ما معكم من السلاح ليطمئنوا إليكم فيعطونكم الدلو لا أن يكون المراد الأمر بالقتال وعن عروة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : (من أحيا أرضا ميتة فهي له) وليس لعرف ظالم حق وفيه دليل على أن الموات من الأراضي يملك بالإحياء وأصح ما قيل في حد الموات أن يقف الرجل في طرف العمران فينادي بأعلى صوته فإلى أي موضع ينتهي صوته يكون من فناء العمران ل أ ن سكان ذلك الموضع يحتاجون إلى ذلك لرعي المواشي وما أشبه ذلك وما وراء ذلك من الموات ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إنما يملكها بالإحياء بعد إذن الإمام وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : لا حاجة فيه إلى إذن الإمام لأن النبي صلى الله عليه و سلم قد أذن في ذلك وملكها ممن أحياها أو لأنه لا حق لأحد فيها فكل من سبقت يده إليها وتم إحرازه لها فهو أحق بها كمن أخذ صيدا أو حطبا أو حشيشا أو وجد معدنا أو ركازا في موضع لا حق لأحد فيه وأبو حنيفة استدل بقوله عليه الصلاة و السلام : (ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه) وهذا وإن كان عاما فمن أصله أن العام المتفق عليى قبوله يترجح على الخاص وقال صلى الله عليه و سلم : (ألا إن عادى الأرض هي لله ورسوله ثم هي لكم من بعد) فما كان مضافا إلى الله تعالى والرسول صلى الله عليه و سلم فالتدبير فيه إلى الإمام فلا يستبد أحد به بغير إذن الإمام كخمس الغنيمة فرسول الله صلى الله عليه و سلم في هذا الحديث أشار إلى أن هذه الأراضي كانت في يد المشركين ثم صارت في يد المسلمين بإيجاف الخيل فكان ذلك لهم من الله تعالى ورسوله عليه الصلاة و السلام وما كان بهذه الصفة لم يختص أحد بشيء منه دون إذن الإمام كالغنائم وقوله صلى الله عليه و سلم : (من أحيا أرضا ميتة) لبيان السبب وبه نقول أن سبب الملك بعد إذن الإمام هو الإحياء ولكن إذن الإمام شرط وليس في هذا اللفظ ما ينفي هذا الشرط بل في قوله عليه الصلاة و السلام وليس لعرف ظالم حق إشارة إلى هذا الشرط فالإنسان على رأي الإمام والأخذ بطريق التغالب في معنى عرق ظالم وقيل : معنى قوله عليه الصلاة و السلام وليس لعرق ظالم حق أن الرجل إذا غرس أشجارا في ملكه فخرجت عروقها إلى أرض جاره أو خرجت أغصانها إلى أرض جاره فإنه لا يستحق ذلك الموضع من أرض جاره بتلك الأغصان والعروق الظالمة فالظلم عبارة عن تحصيل الشيء في غير موضعه قيل : المراد بعرق الظالم أن يتعدى في الإحياء ما وراء أحد الموات فيدخل في حق الغير ولا يستحق بذلك شيئا من حق الغير وعن عمر رضي الله عنه قال : من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس بعد ثلاث سنين حق والمراد بالمحجر المعلم بعلامة في موضع واشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع فإن من

أعلم في موضع من الموات علامة فكأنه منع الغير من إحياء ذلك الموضع فسمى فعله تحجيرا وبيان ذلك أن الرجل إذا مر بموضع من الموات فقصد إحياء ذلك الموضع فوضع حول ذلك الموضع أحجارا أو حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حول ذلك فمنع الداخل من الدخول فيها فهذا تحجير ولا يكون إحياء إنما الإحياء أن يجعلها صالحة للزراعة بأن كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا ثم بعد التحجير له من المدة ثلاث سنين كما أشار إليه عمر رضي الله عنه لأنه يحتاج إلى أن يرجع إلى وطنه ويهيء أسب ا به ثم يرجع إلى ذلك الموضع فيحييه فيجعل له من المدة للرجوع إلى وطنه سنة وإصلاح أموره في وطنه سنة والرجوع إلى ذلك الموضع سنة فإلى ثلاثة سنين لا ينبغي أن يشتغل بإحياء ذلك الموضع غيره ولكن ينتظره ليرجع وبعد مضي هذه المدة الظاهر أنه قد بدا له وأنه لا يريد الرجوع إليها فيجوز لغيره إحياؤها هذا من طريق الديانة فأما في الحكم إذا أحياها إنسان بإذن الإمام فهي له لأن بالتحجير لم تصر مملوكة للأول فسبب الملك هو الإحياء دون التحجير وعن طاوس قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : (إن عادي الأرض لله ورسوله فمن أحيا أرضا ميتة فهي له) والمراد الموات من الأراضي سماه عاديا على معنى أن ما خربت على عهد عاد وفي العادات الظاهرة ما يوصف بطوله مضي الزمان عليه ينسب إلى عاد

فمعناه ما تقدم خرابه مما يعلم أنه لا حق لأحد فيه . وعن أبي معشر عن أشياخه رفعوه إلى النبي صلى الله عليه و سلم أنه قضى في السراج من ماء المطر إذا بلغ الماء الكعبين أن لا يحبسه إلا على جاره قال أبو معسر السراج : السواقي وهي الجداول التي عند سفح الجبل يجتمع ماء السيل فيها ثم ينحدر منها إلى الوادي وقد بينا أن مراده من هذا اللفظ العبارة عن كثرة الماء . وعن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : (من أخذ شبرا من أرض بغير حق طوقه الله من سبع أرضين) قيل : معناه من تطوق في أرض الغير فالموضع الذي يضع عليه القدم بمنزلة شبر من الأرض وقيل : معناه من نقص من المسنات في جانب أرضه بأن حول ذلك إلى أرض جاره فذلك قدر شبر من الأرض أخذه أو كان أرضه بجنب الطريق فجعل المسناة على الطريق لتتسع به أرضه فهو في معنى شبر من الأرض أخذه بغير حق وهو معنى الحديث الذي روي : لعن الله من غير منار الطريق) يعني العلامة بين الأرضين وقيل إنما ذكر رسول الله صلى الله عليه و سلم الشبر على طريق التمثيل للمبالغة في المنع من غصب الأراضي وليس المراد به التحقيق ثم في الحديث بيان عظم الماء ثم في غصب الأراضي وهو دليل أبي حنيفة رحمه الله في أنه لا ضمان على غاصب الأراضي في الدنيا لأن النبي عليه الصلاة و السلام بين جزاء الآخذ بالوعيد الذي ذكره في القيامة ولو كان حكم الضمان ثابتا لكان الأولى أن يبينه لأن الحاجة إلى معرفته أمس ثم جعل المذكور من الوعيد جميع جزائه فلو أوجبنا الضمان مع ذلك لم يكن الوعد جميع جزائه وللفقهاء في معنى مثل هذه الألفاظ طريقين أحدهما : الحمل على حقيقته أنه يطوق ذلك الموضع في القيامة ليعرف به ما فعله ويكون ذلك عقوبة له كما قال عليه الصلاة و السلام : (لكل غادر لواء يوم القيامة يركز عند باب استه تعرف به غدرته) والمراد به بيان شدة العقوبة لا حقيقة ماذكر من أنه يطوق ذلك الموضع من الأرض يوم القيامة فقال قال الله تعالى : ﴿ يوم تبدل الأرض غير الأرض ﴾ وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : (لا تمنعوا الماء مخافة الكلأ) يريد به أن صاحب البئر إذا كان له مرعى حول بئره فلا ينبغي له أن يمنع من يستقي الماء من بئره لنفسه أو لظهوره مخافة أن يصيب ظهره من ذلك

الكلأ لأن له في حق الشقة في ماء البئر فلا يمنعه حقه ولكن يحفظ جانب أرضه وما فيه من الكلأ حتى لا يدخل دابة المستقي في ذلك الموضع وإن شق عليه ذلك أخرج إليه من الماء مقدار حاجته وحاجة ظهره وعن نافع رفع حديثه إلى النبي صلى الله عليه و سلم قال : (لا تمنعوا أحدا ماء ولا كلأ ولا نارا فإنه متاع للمقوين وقوة للمستعينين) والمقوي هو الذي فنى زاده والمستعين هو المضطر المحتاج وقد بينا أن صاحب الشرع عليه الصلاة و السلام أثبت بين الناس في هذه الأشياء الثلاثة شركة عامة بطريق الإباحة فلا ينبغي لأحد أن يمنع أحدا مما جعله الشرع حقا له وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع ابن السبيل أن يسقي منها فيشرب ويسقي دابته وبعيره وشياهه فإن ذلك من الشقة والشقة عندنا الشرب لبني آدم والبهائم وهذا لأن الحاجة إلى الماء تتجدد في كل وقت ومن سافر لا يمكنه أن يستحصب الماء من وطنه لذهابه ورجوعه فيحتاج إلى أخذ الماء من الآبار والأنهار التي تكون على طريقه وفي المنع من ذلك حرج وكما يحتاج إلى ذلك لنفسه فكذلك يحتاج إليه لظهره لأنه في العادة يعجز عن السفر بغير مركب وكذلك يحتاج إلى ذلك للطبخ والخبز وغسل الثياب وأحد لا يمنع أحدا من ذلك فإن كان له جدول يجري فيه الماء إلى أرضه وبجنب ذلك الموضع صاحب ماشية إذا شربت الماشية منها انقطع الماء لكثرة المواشي وقلة ماء الجدول فقد اختلف المتأخرون رحمهم الله في هذا الفصل منهم من يقول هذا من الشقة وليس لصاحب الجدول أن يمنع ذلك وأكثرهم على أن له أن يمنع في مثل هذه الصورة لأن الشقة ما لا يضر بصاحب النهر والبئر فأما ما يضر به ويقطع حقه فله أن يمنع ذلك اعتبارا بسقي الأراضي والنخيل والشجر والزرع فله أن يمنع من يريد سقي نخله وشجره وزرعه من نهره أو قناته أو بئره أو عينه وليس لأحد أن يفعل ذلك إلا بإذنه إما لأنه يريد أنيسوي نفسه بصاحب الحق فيما هو المقصود فالنهر والقناة إنما يشق لهذا المقصود وليس لغير المستحق أن يسوي نفسه بالمستحق فيما هو المقصود بخلاف الشقة فذلك بيع غير مقصود لأن النهر والقناة لا يشق في العادة لأجله أو لأنه يحتاج إلى أن يحفر نهرا من هذا النهر إلى أرضه فيكسر به ضفة النهر وليس له أن يكسر ضفة نهر الغير وكذلك

في البئر يحتاج إلى أن يشق نهرا من رأس البئر إلى رضه وما حول البئر حق صاحب البئر حريما له فليس لغيره أن يحدث فيه شيئا من ذلك بغير إذنه وكذلك إن كان يريد أن يجري ماءه في هذا النهر مع صاحب النهر ليسقي به أرضه لأن النهر ملك خاص لأهل النهر فلا يجوز له أن ينتفع بملك الغير إلا بإذنه فإن كان قد اتخذ شجره أو خضره في داره فأراد أن يسقي ذلك الموضع بحمل الماء إلي بالجرة فقد استقضى فيه بعض المتأخرين من أئمة بلخ رحمهم الله وقالوا : ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر والأصح أنه لا يمنع من هذا المقدار لأن الناس يتوسعون فيه والمنع منه يعد من الدناءه قال عليه الصلاة و السلام : (إن الله يجب معالي الأمور ويبغض سفسافها) فإن أذن له صاحب النهر في سقي أرضه أو عادة ذلك الموضع فلا بأس بذلك لأن المنع كان لمراعاة حقه فإذا رضي به فقد زال المانع وإن باعه شرب يوم أو أقل من ذلك أو أكثر لم ي جز لأن ذلك الماء في النهر غير مملوك إنما هو حق صاحب النهر وبيع الحق لا يجوز لأنه مجهول لا يدري مقدار ما يسلم له من الماء في المدة المذكورة وبيع المجهول لا يجوز وهو غرر فلا تدري أن الماء يجري في ذلك الوقت في النهر أو لا يجري وإذا انقطع الماء فليس للبائع تمكن إجرائه ونهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع الغرر وكذلك لو استأجره لأنه يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه أو تسليم ما لا يعرف مقداره

ثم المقصود من هذا الاستئجار الماء وهو عين والاستئجار المقصود لاستهلاك العين لا يجوز كاستئجار المرعى للرعي واستئجار البقرة لمنفعة اللبن بخلاف استئجار الظئر فإن لبن الآدمية في حكم المنفعة لأن منفعة كل عضو بحسب ما يليق به فمنفعة الثدي اللبن ولهذا لا يجوز بيع لبن الآدمية ولأن العقد هناك يرد على منفعة التربية واللبن آلة في ذلك بمنزلة الاستئجار على غسل الثياب فالحرض والصابون آلة في ذلك والاستئجار لعمل الصناعة فإن الصنع بمنزلة الآلة في ذلك فأما هنا لا مقصود في هذا الاستئجار سوى الماء وهو عين وكذلك لو شرط في إجارته أو شرابه شرب هذه الأرض وهذا الشجر وهذا الزرع أو قال حتى يكتفي فهذا كله باطل لمعنى الجهالة والغرر وإذا اشترى الرجل شرب ماء ومعه أرض فهو جائز لأن الأرض عين مملوكة مقدورة التسليم فالعقد يرد عليها والشرب يستحق بيعا وقد يدخل في البيع بيع ما لا يجوز إفراده بالبيع كالأطراف من الحيوانات لا يجوز إفرادها بالبيع ثم يدخل بيعا في بيع الأصل وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أفتى أن يبيع الشرب وإن لم يكن معه أرض للعادة الظاهرة فيه في بعض البلدان وهذه عادة معروفة بنسف قالوا : المأجور الاستصناع للتعامل وإن كان القياس يأباه فكذلك بيع الشرب دون الأرض وإذا استأجر أرضا مع شربها جاز كما يجوز الشراء وهذا لأن المقصود الانتفاع بالأرض من حيث ا لزراعة والغراسة وإنما يحصل هذا المقصود بالشرب فذكر الشرب مع الأرض في الاستئجار التحقيق ما هو المقصود بالاستئجار فلا يفسد به العقد وإذا اشترى الرجل أرضا لم يكن له شربها ولا مسك ما بها لأن العقد يتناول عين الأرض بذكر حدودها فما يكون خارجا من حدودها لا يدخل تحت العقد إلا بالتسمية والشرب والمسيل خارج من الحدود المذكورة فإن اشترط شربها فله الشرب وليس له المسيل لأن الشرب غير المسيل فالمسيل الموضع الذي يسيل فيه الماء والشرب الماء الذي يسيل في المسيل فباشتراط أحدهما لا يثبت له استحقاق الأجر وإنما يستحق المشروط خاصة ويجعل فيما لم يذكر كأنه لم يشترط شيئا ولو اشترط مسيل الماء مع الشرب يستحق ذلك كله بالشرط ولو اشتراها بكل حق هو لها كان له المسيل والشرب لأنهما من حقوقها فالمقصود باللأراضي الانتفاع بها وإنما يتأتى ذلك بالمسيل والشرب فكانت من حقوقها كالطريق للدار وكذلك لو اشترط مرافقها لأن المرافق ما يترفق به فإنما يتأتى الترفق بالأرض بالشرب والمسيل وكذلك لو اشترط كل قليل وكثير هو فيها أو منها كان له الشرب والمسيل لأنه من القليل والكثير ثم المراد بقوله منها أي من حقوقها ولكنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه ومثل هذا الحذف عرف أهل اللسان وإذا استأجر أرضا فليس له مسيل ماء ولا شرب في القياس إذا أطلق العقد كما في الشراء فالمستأجر يستحق بالعقد بذكر الحدود كالمشتري فكما أن الشرب والمسيل الذي هو خارج عن الحدود المذكورة لا يستحق بالشراء فكذلك بالاستئجار ولكنه استحسن فجعل للمستأجر مسيل الماء والشرب هنا بخلاف الشراء لأن جواز الاستئجار باعتبار التمكن من الانتفاع . (ألا ترى) أن ما لا ينتفع به لا يجوز استئجاره

كالمهر الصغير والأرض السبخة والانتفاع بالأرض لا يتأتى إلا بالشرب والمسيل فلو لم يدخلهما يفسخ العقد والمتعاقدان قصدا تصحيح العقد فكان هنا ذكر الشرب والمسيل بخلاف الشراء فموجبه ملك العين . (ألا ترى) أن شراء ما لا يملك الانتفاع به جائز نحو الأرض السبخة والمهر الصغير فلا يدخل في الشراء ما وراء المسمى بذكر الحدود وفي الكتاب ذكر حفرا آخر فقال : لأن الأرض لم تخرج من يد صاحبها يعني أن بعقد الإجارة لا يتملك المستأجر

شيئا من العين وإنما يملك الانتفاع به في المدة المذكورة فلو أدخلنا الشرب والمسيل لم يتضرر صاحب الأرض بإزالة ملكه عنها وفي إدخالهما تصحيح العقد فأما البيع يزيل ملك العين عن البائع ففي إدخال الشرب والمسيل في البيع إزالة ملكه عما لم يظهر رضاه به وذلك لا يجوز وهذا نظير ما تقدم أن الثمار والزرع يدخل في رهن الأشجار والأرض من غير ذكر ولا يدخل في الهبة وإذا ثبت أن بدون الشرط يدخل الشرب والمسيل في الأشجار فمع الشرط أولى وكذلك إن شرط كل حق هو لها أو مرافقها أو كل قليل وكثير هو فيها أو منها فعند ذكر هذه الألفاظ يدخل الشرب والمسيل في الشراء ففي الإجارة أولى وإذا كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف كان أصله بينهم فاختلفوا فيه واختصموا في الشرب فإن الشرب بينهم على قدر أراضيهم لأن المقصود بالشرب سقي الأراضي والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضي وكثرتها فالظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وقدر حاجته والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه فإن قيل : فقد استووا في إثبات اليد على المال في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق عند الاشتباه قلنا : لا كذلك فاليد لا تثبت على الماء في النهر لأحد حقيقة وإنما ذلك الانتفاع بالماء والظاهر أن انتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة ثم الم ا ء لا يمكن إحرازه بإثبات اليد عليه وإنما إحرازه بسقي الأراضي فإنما يثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف الطريق إذا اختصم فيه الشركاء فإنهم يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لأن الطريق عين تثبت اليد عليه والمقصود التطرق فيه والتطرق فيه إلى الدار الواسعة وإلى الدار الضيقة بصفة واحدة بخلاف الشرب على ما ذكرنا فإن كان الأعلى لا يشرب حتى يسكر النهر على الأسفل ولكنه يشرب بحصته لأن في السكر قطع منفعة الماء عن أهل الأسفل في بعض المدة وليس لبعض الشركاء هذه الولاية في نصيب شركائه يوضحه أن في السكر إحداث شيء في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فليس لبعض الشركاء أن يحدث فيها شيئا بدون إذن الشركاء وربما ينكسر النهر بما يحدث فيها عند السكر فإن فإن تراضوا على أن الأعلى يسكر النهر حتى تشرب حصته أجزت ذلك بينهم لأن المانع حقهم وقد انعدم بتراضيهم فإن اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم في يومه أجزته أيضا فإن قسمة الماء في النهر تكون بالأجر تارة وبالأيام أخرى فإن تراضوا على القسمة بالأيام جاز لهم ذلك وهذا لحاجتهم إلى ذلك فقد يقل الماء في النهر بحيث لا يتمكن كل واحد منهم أن ينتفع بحصته من ذلك إلا بالسكر ولكنه إن تمكن من أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن بيسكر بالطين والتراب لأن به ينكسر النهر عادة وفيه إضرار بالشركاء إلا أن يظهروا **التراضي** على ذلك فإن اختلفوا لم يكن لأحد منهم أن يسكره على صاحبه وإن أراد أحد منهم أن يكتري منه نهرا لم يكن له ذلك إلا برضاء من أصحابه لأن في كري النهر كسر ضفة النهر المشترك بقدر فوهة النهر الذي يكريه وفي الملك المشترك ليس لبعض الشركاء أن يفعل ذلك إلا برضاء أصحابه كما لو أراد هدم الحائط المشترك أو إحداث باب فيه وكذلك إن أراد أن ينصب عليه رحا لم يكن له ذلك إلا برضى من أصحابه لأن ما ينصب من الرحا إنما يضعه في ملك مشترك إلا أن تكون رحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض خاص له فإن كان هكذا فهو جائز يعني إذا لم يكن يغير الماء عن سننه ولا يمنع جريان الماء بسبب الرحى بل يجري كما كان يجري قبل ذلك وإنما يضع الرحا في ملك خاص له فإذا كان بهذه الصفة فله أن يفعل ذلك بغير رضا الشركاء

لأنه إنما يحدث ما يحدثه من الأبنية في خالصة ملكه وبسبب الرحى لا ينتقص الماء بل ينتفع صاحب الرحا بالماء مع بقاء الماء على حاله فمن يمنعه عن ذلك يكون متعنتا قاصدا إلى الإضرار به لا دافعا الضرر عن نفسه فلا يلتفت إلى تعنته وإن أراد أن ينصب عليها دالية أو سانية وكان ذلك لا يضر بالنهر ولا بالشرب وكان بناء ذلك في ملكه

خاصة كان له أن يفعل ذلك لما بينا أنه يتصرف في خالص ملكه ولا يلحق الضرر بغيره وإن أراد هؤلاء القوم أن يكروا هذا النهر فإن أبا حنيفة رحمه الله قال : عليهم مؤنة الكراء من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل دفع عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الكراء عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأراضي وبيان ذلك أن الشركاء في النهر إذا كانوا عشرة فمؤنة الكراء من أول النهر على كل واحد منهم عشرة إلى أن يجاوز أرض أحدهم فحينئذ تكون مؤنة الكراء على الباقين اتساعا إلى أن يجاوز أرضا أخرى ثم يكون على الباقين أثمان على هذا التفصيل إلى آخر النهر وعندهما المؤنة عليهم اعتبارا من أول النهر إلى آخره لأن لصاحب الأعلى حقا في أسفل النهر وهو تسييل الفاضل عن حاجته من الماء فيه فإذا سد ذلك فاض الماء على أرضه فأفسد زرعه فبهذا تبين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره والدليل عليه أن هـ يستحق الشفعة بمثل هذا النهر وحق أهل الأعلى وأهل الأسفل في ذلك سواء فإذا استووا في الغنم يستوون في الغرم أيضا وهو مؤنة الكراء وأبو حنيفة رحمهالله يقول : مؤنة الكراء على من ينتفع بالنهر بسقي الأرض منه . (ألا ترى) أنه ليس على أصحاب الشقة من مؤنة الكراء شيء وإذا جاوز الكراء أرض رجل فليس له في كراء ما بقي منفعة سقي الأرض فلا يلزمه شيء من مؤنة الكراء ثم منفعته في أسفل النهر من حيث إجراء فضل الماء فيه وصاحب المسيل لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه . (ألا ترى) أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره بهذا الحق ثم هو يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كري أسفل النهر بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء فعرفنا أن الحاجة المعتبرة في التزام مؤنة الكراء الحاجة إلى سقي الأرض فرع بعض مشايخنا رحمهم الله أن ا لكراء إذا انتهى إلى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة بعد ذلك والأصح أن عليه مؤنة الكراء إلى أن يجاوز حد أرضه كما أشار إليه في الكتاب لأن له رأيا في اتحاد فوهة الأرض من أعلاها وأسفلها فهو منتفع بالكراء منفعة سقي الأرض ما لم يجاوز أرضه ويختلفون فيما إذا جاوز الكراء أرض رجل فسقط عنه مؤنة الكراء هل له أن يفتح الماء لسقي أرضه منهم من يقول له ذلك لأن الكراء قد انتهى في حقه حين سقطت مؤنته ومنهم من يقول ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه من الكري كما ليس له أن يسكر على شركائه فيختص بالانتفاع بالمأذون شركاؤه ولأجل التحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم بأن يوجد في الكراء من أسفل النهر أو يترك بعض النهر من أعلاه حتى يفرغ من أسفله قال : وقال أبو حنيفة رحمه الله فيما أعلم ليس على أهل الشقة من الكراء شيء لأنهم لا يحصون فمؤونة الكراء لا تستحق على قوم لا يحصون ولأنهم لا يستحقو ن الشفعة لحق الشفعة ولأنهم أتباع والمؤنة على الأصول دون الأتباع . (ألا ترى) أن الدية في القتيل الموجود في المحلة على عاقلة أصحاب الحطة دون المشتريين والسكان قال : والمسلمون جميعا شركاء في الفرات وفي كل نهر عظيم أو واد يستقون منه ويسقون منه الشقة والخف والحافر ليس لأحد أن يمنع أحدا من ذلك لأن الانتفاع بمثل هذه الأنهار كالانتفاع بالطرق العامة فكما لا يمنع أحد أحدا من التطرق في الطريق العام فكذلك لا يمنعه من الانتفاع بهذا النهر العظيم وهذا لأن الماء في هذه الأنهار

على أصل الإباحة ليس لأحد فيه حق على الخصوص فإن ذلك الموضع لا يدخل تحت قهر أحد لأن قهر الماء يمنع قهر غيره فالانتفاع به كالانتفاع بالشمس ولكل قوم شرب أرضهم ونخلهم وشجرهم لا يحبس عن أحد دون أحد وإن أراد رجل أن يكري منه نهرا في أرضه فإن كان ذلك يضر بالنهر الأعظم لم يكن له ذلك وإن كان لا يضر به فله ذلك بمنزلة من أراد الجلوس في الطريق فإن كان لم يضر بالمارة لم يمنع من ذلك وإن كان يضر بهم في المنع من التطرق يمنع من ذلك لكل واحد منعه من ذلك الإمام وغيره في ذلك سواء فكذلك في النهر الأعظم فإن كسر ضفة النهر الأعظم ربما يضر بالناس ضررا عاما من حيث أن الماء يفيض عليهم وقال عليه الصلاة و السلام : (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) وعند خوف الضرر يمنع من ذلك لدفع الضرر وعلى السلطان كراء هذا النهر الأعظم إن احتاج إلى الكراء لأن ذلك من حاجة عامة المسلمين ومال بيت المال معد لذلك فإنه مال للمسلمين أعد للصرف إلى مصالحهم . (ألا ترى) أن مال القناطر والجسور والرباطات على الإمام من مال بيت المال فكذا كراء هذا النهر الأعظم

وكذلك إصلاح مسناته إن خاف منه غرقا فإن لم يكن في بيت المال مال فله أن يجبر المسلمين على ذلك ويحرجهم لأن المنفعة فيه للعامة ففي تركه ضرر عام والإمام نصب ناظرا فيثبت له ولاية الإجبار فيما كان الضرر فيه عاما لأن العامة قل ماينفقون على ذلك من غير إجبار وفي نظيره قال عمر رضي الله عنه : لو تركتم لبعتم أولادكم وليس هذا النهر خاص لقوم ليس لأحد أن يدخل عليهم فيه ولهم أن يمنعوا من أراد أن ." (١)

" (قال الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي - رحمه الله -) اعلم بأن القتل بغير حق من أعظم الجنايات بعد الإشراك بالله تعالى قال الله تعالى : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ﴾ (المائدة : ٣٢) وقال النبي - عليه السلام - : (ألا أن أعباء الناس ثلاثة رجل قتل غير قاتل أبيه ورجل قتل قبل أن يدخل الجاهلية ورجل قتل في الحرم)

وقال في خطبته بعرفات : (ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا)

ولما قتل محلم بن جنامة رجلا من أهل الجاهلية قال النبي - عليه السلام - لا يرحم فدفن بعد موته فلفظته الأرض ثم دفن فلفظته الأرض فقال أما أنها تقبل من هو أعظم جرما منه ولكن الله أراكم حرمة القتل وفي قتل النفس إفسادا لعالم ونقض البنية ومثل هذا الفساد من أعظم الجنايات ومعلوم أن الجاني مأخوذ عن الجناية إلا أنه لو وقع الاقتصار على الزجر بالوعيد في الآخرة ما انزجر إلا أقل القليل فإن أكثر الناس إنما يزجرون مخافة العاجلة بالعقوبة وذلك بما يكون متلفا للجاني أو مجحفا به فشرع الله القصاص والدية لتحقق معنى الزجر وهذا الكتاب لبيان ذلك وقد سماه محمد - رحمه الله - كتاب الديات لأن وجوب الدية بالقتل أعم من وجوب القصاص فإن الدية تجب في الخطأ وفي شبه العمد وفي العمد عند تمكن الشبهة وكذلك الدية تتنوع أنواعا والقصاص لا يتنوع فلهذا رجح جانب الدية في نسبة الكتاب إليها واشتقاق الدية من الأداء لأنها مال مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال وهو النفس والأرش الواجب في

---

(١) المبسوط، ٢٥٥/٧

الجناية على ما دون النفس مؤدى أيضا وكذلك القيمة الواجبة في سائر المتلفات إلا أن الدية اسم خاص في بدل النفس لأن أهل اللغة لا يطردون الاشتقاق في جميع مواضعه لقصد التخصيص بالتعريف وسمى بدل النفس عقلا أيضا لأنهم كانوا اعتادوا ذلك من الإبل فكانوا يأتون بالإبل ليلا إلى فناء أولياء المقتول فيعقلونها فتصبح أولياء القتيل والإبل معقولة بفنائهم فلهذا سموه عقلا

ثم بدأ الكتاب فقال : (قال أبو حنيفة – رحمه الله – القتل على ثلاثة أوجه : عمد وخطأ وشبه العمد) والمراد به بيان أنواع القتل بغير حق فيما يتعلق به من الأحكام

كان أبو بكر الرازي يقول : القتل على خمسة أوجه :

عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ وما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجري مجرى الخطأ

أما العمد فهو ما تعمدت ضربه بسلاح لأن العمد هو القتل وقصد إزهاق الحياة وهي غير محسوسة لقصد أخذها فيكون القصد إلى إزهاق الحياة بالضرب بالسلاح الذي هو جارح عامل في الظاهر والباطن جميعا ثم المتعلق بهذا الفعل أحكام منها المأثم وذلك منصوص عليه في قوله : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ﴾ (النساء : ٩٣) الآية ومنها القصاص وهو ثابت في قوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ (المائدة : ٤٥) وما أخبر الله تعالى أنه كتبه على من قبلنا فهو مكتوب علينا ما لم يقم دليل النسخ فيه وقد نص على أنه مكتوب علينا فقال : ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ (البقرة : ١٧٨) ثم بين وجه الحكمة فيه بقوله ولكم في القصاص حياة وفيه معنيان أحدهما أنه حياة بطريق الزجر لأن من قصد قتل عدوه فإذا تفكر في عاقبة أمره أنه إذا قتله قتل به انزجر عن قتله فكان حياة لهما والثاني أنه حياة بطريق دفع سبب الهلاك فإن القاتل بغير حق يصير حربا على أولياء القتيل خوفا على نفسه منهم فهو يقصد إفناءهم لإزالة الخوف عن نفسه والشرع مكنهم من قتله قصاصا لدفع شره عن أنفسهم وإحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه وقال عليه الصلاة و السلام : (العمد قود) أي موجبه القود فإن نفس العمد لا يكون قودا وقال صلوات الله عليه وسلامه (كتاب الله القصاص) أي حكم الله والقصاص عبارة عن المساواة وفي حقيقة اللغة هو اتباع الأثر قال الله تعالى و ﴿ قالت لأخته قصيه ﴾ (القصص : ٨) واتباع أثر الشيء في الإتيان بمثله فجعل عبارة عن المساواة لذلك ومن حكمه حرمان الميراث ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة و السلام : (لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة) وفي رواية لا شيء للقاتل أي من الميراث ومن حكمه وجوب المال به عند التراضي أو عند تعذر إيجاب القصاص للشبهة ثبت ذلك بقوله تعالى : ﴿ فمن عفى له من أ خيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ (البقرة : ١٧٨) أي فمن أعطى له من دم أخيه شيء لأن العفو بمعنى الفضل قال الله تعالى : ﴿ يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو ﴾ (البقرة : ٢١٩) والمراد به إذا رغب القاتل في أداء الدية فالمولى مندوب إلى مساعدته على ذلك وعلى القاتل أداؤه إليه بإحسان إذا ساعده الولي وهذه الدية تجب في مال القاتل إذا كان بطريق الصلح والتراضي فكأنه هو الذي التزمه بالعقد

وأما إذا كان عند تعذر استيفاء القصاص فلأن في الدية الواجبة عليه معنى الزجر ومعنى الزجر إنما يتحقق فيما يكون أداؤه مجحفا به وهو الكثير من ماله

ويختلفون في وجوب الدية بهذا الفصل عند وجوب القصاص به : فالمذهب عندنا أنه لم تجب الدية بالعمد الموجب للقصاص إلا أن يصالح الولي القاتل على الدية

وللشافعي – رضي الله عنه – فيه قولان :

في أحد القولين موجب العمد أحد شيئين القصاص أو الدية يتعين ذلك باختيار المولى

وفي القول الآخر : موجبه القصاص إلا أن للولي أن يختار أخذ الدية من غير رضا القاتل واحتج في ذلك بقوله عليه الصلاة و السلام : (من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية) فهذا تنصيص على أن كل واحد منهما موجب القتل وإن الولي مخير بينهما

ولما أتى بالقاتل إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – قال – عليه السلام – للولي أتعفو فقال : لا فقال : أتأخذ الدية فقال : لا فقال : القتل فقال : نعم ففي هذا بيان أن الولي يستبد بأخذ الدية كما يستبد بالعفو والقتل

والمعنى فيه : أن هذا إتلاف حيوان متقوم فيكون موجبا ضمان القيمة كإتلاف سائر الحيوانات وقيمة النفس الدية وهذا لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثل وإتلاف المقوم مما لا مثل له يوجب القيمة وقيمة النفس الدية بدليل حالة الخطأ فإن الدية إنما تجب بالإتلاف لا بصفة الخطأ لأنه عذر مسقط والمتلف في حالة العمد ما هو المتلف في حالة الخطأ إلا أن الشرع أوجب القصاص بمعنى الانتقام وشفاء الصدر للولي ودفع الغيظ عنه فكان ذلك بخلاف القياس لأنه إتلاف والإتلاف لا يكون واجبا بمقابلة الإتلاف وهو ليس بمثل

(ألا ترى) أن الجماعة يقتلون بالواحد ولا مماثلة بين العشرة والواحد فعرفنا أنه ممنوع بمعنى زيادة النظر للولي وذلك في أن لا يسقط حقه في الواجب الأصلي بل يكون متمكنا فيه كما لو قطع يد إنسان ويد القاطع شلاء أو ناقصة بإصبع فإن القصاص واجب ولصاحب الحق أن يأخذ الإرش بغير رضا الجاني لهذا المعنى ولأن النفس محترمة بحرمتين وفي إتلافها هتك الحرمتين جميعا حرمة حق الله تعالى وحرمة حق صاحب النفس وجزاء حرمة الله تعالى العقوبة زجرا وجزاء هتك حرمة العبد الغرامة جبرا ولكن تعذر الجمع بينهما ها هنا لأن كل واحد منهما يوجب حقا للعبد حتى يعمل فيه إسقاطه ويورث عنه ويسقط بإذنه ولا يجوز الجمع بين الحقين لمستحق واحد بمقابلة محل واحد فأثبتنا الجمع بينهما على سبيل التخيير وقلنا إن شاء مال إلى جانب هتك حرمة حق الله تعالى واستوفى العقوبة وإن شاء مال إلى جهة حرمة حق العباد فاستوفى الدية و لا خلاف أن أحد الشريكين في الدم إذا عفا أن للآخر أن يستوفي المال

ولو لم يكن المال واجبا له بنفس القتل لما وجب بالعفو لأن العفو مسقط ولو وجب بالعفو لوجب على العافي وإن كان محسنا كضمان الإعتاق يجب على المعتق إذا كان موسرا ولما وجب المال للآخر على القاتل عرفنا أنه كان واجبا بنفس القتل ولما ظهر ذلك عند العفو في حق من لم يعف فكذلك يظهر في حق العافي إذا عفا عن القصاص فقلنا يتمكن من أخذ المال ولأن القاتل في الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا ملق نفسه

في التهلكة فيكون ممنوعا شرعا كالمضطر إذا وجد طعاما يشتريه ومعه ثمنه يفترض عليه شراؤه شرعا لهذا المعنى فكذا ها هنا

وحجتنا في ذلك : قوله عليه الصلاة و السلام : (العمد قود) فقد أدخل الألف واللام في العمد وذلك للمعهود فإن لم يكن فللجنس وليس ها هنا معهود فكان للجنس وفيه تنصيص على أن جنس العمد موجب للقود فمن جعل المال واجبا بالعمد مع القود فقد زاد على النص وإلى هذا أشار ابن عباس - رضي الله عنه - في قوله (العمد قود) ولا مال له فيه

وعن علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - قالا في دم عمد بين شريكين عفا أحدهما : (انقلب نصيب الآخر مالا) فتخصيصهما غير العافي بوجوب المال له دليل على أن العافي لا شيء له

فأما ما روي من قوله : (فأهله بين خيرتين) : فقد اختلفت الرواية فيه :

فإن في بعض الروايات : (إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا فادوا) والمفاداة على ميزان المفاعلة يقتضي وجود القتل بين اثنين **بالتراضي** وذلك أخذ الدية بطريق الصلح وتأويل الرواية التي قال وإن أحبوا أخذوا الدية من جهتين :

إحداهما : أنه إنما لم يذكر رضا القاتل لأن ذلك معلوم ببديهة العقل فإن من أشرف على الهلاك إذا تمكن من دفع الهلاك عن نفسه بأداء المال لا يمتنع من ذلك إلا من سفهت نفسه لأن امتناعه لإبقاء منفعة المال سفه ولا يتصور ذلك بعد ما تلفت نفسه وهو نظير قوله - عليه الصلاة و السلام - : (خذ سلمك أو رأس مالك) وهو في أخذ رأس المال يحتاج إلى رضا المسلم إليه ولم يذكره لا لأنه غير محتاج إليه بل لأنه معلوم بطريق الظاهر

والثاني : أن المراد أن لا يجبر الولي على أخذ الدية شاء أو أبى لا أن له أن يجبر غيره على أداء الدية بدليل قصة الحديث فإنه روي أن رجلا من خزاعة قتل رجلا من هذيل يوم فتح مكة بعد ما أمر رسول الله - صلى الله عليه و سلم - بالكف عن القتل فخطب رسول الله - صلى الله عليه و سلم - وقال : (أما أنتم يا معاشر خزاعة فقد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقلته فوداه بمائة من الإبل من عند نفسه ثم قال فمن قتل له بعد اليوم قتيل فأهله بين خيرتين) فقد أجبر الولي على أخذ الدية ثم تبين بهذا اللفظ أن الحكم قد انتسخ وأن الولي لا يجبر على أخذ الدية بعده وفي الحديث الآخر عرض الدية على الولي وهذا لا ينفى كون رضا القاتل مشروطا فيه ولكنه إما أن يكون قصد التبرع بأداء الدية من عنده ولم يعتبر رضا القاتل في هذه الحالة أو أراد أن يعلم رغبة المولى في أخذ الدية ثم يشتغل باسترضاء القاتل كمن سعى بالصلح بين اثنين يسترضي أحدهما

فإذا تم له ذلك حينئذ استرضى الآخر والمعنى في المسألة أنه أتلف شيئا مضمونا فيتقدر ضمانه بالمثل ما أمكن كإتلاف المال وتفويت حقوق الله تعالى من الصوم والصلاة والزكاة يكون الواجب فيها المثل إذا أمكن وهذا لأن ضمان المتلفات مقدر بالمثل بالنص قال الله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ (البقرة : ١٩٤) ولأن الزيادة على المثل ظلم على المتعدي وفي النقصان يحسن بالمتعدى عليه والشرع إنما يأمر بالعدل وذلك بالمثل

إذا ثبت هذا فنقول : الدية ليست بمال للمتلف والقصاص مثل أما بيان أن الدية ليست بمثل فلان المماثلة بين الشيئين تعرف صورة أو معنى ولا مماثلة بين المال والآدمي صورة ولا معنى والنفس مخلوقة لإماتة الله تعالى والاشتغال بطاعته ليكون خليفة في الأرض والمال مخلوق لإقامة مصالح الآدمي به ليكون مبتذلا في حوائجه فأما القصاص من حيث الصورة فلأنه قتل بإزاء قتل وإزهاق حياة بإزهاق حياة ومن حيث المعنى فالمقصود بالقتل ليس إلا الانتقام والثاني في معنى الانتقام كالأول وبهذا سمي قصاصا ثم المثل واجب بطريق الجبر ولا يجعل جبران الحياة بالمال وإنما جبران الحياة بحياة مثلها وذلك في القصاص

فإن الله تعالى نص على أن في القصاص حياة فعلينا أن نعتقد هذا المعنى في القصاص عقلناه أو لم نعقله ثم هو معقول من الوجه الذي ذكرنا أنه حياة بطريق دفع سبب الهلاك ولكن للولي الذي هو قائم مقام المقتول كما أن المال في الموضع الذي يجب إنما ينتفع به الذي هو قائم مقام المقتول ولا حاجة بنا إلى إثبات المماثلة في القصاص لأن ذلك واجب بالقصاص وهو محض حق العبد ولا حق للعبد إلا في المثل فأما أجزية الأفعال المحرمة فتجب حقا لله تعالى وإنما حاجتنا إلى أن يثبت أن المال ليس بمثل للنفس وقد أثبتنا ذلك فقلنا لا يجب بمقابلة النفس المتلفة قتلا إلا في الموضع الذي يجب بتعذر إيجاب المثل فحينئذ يجب المال بالنص بخلاف القياس وهو في حالة الخطأ لأن المثل نهاية في العقوبات المعجلة في الدنيا والخاطئ معذور فتعذر إيجاب المثل عليه ونفس المقتول محرمة لا يسقط جزء منها بعذر الخاطئ فوجب صيانتها عن الهدر فأوجب الشرع المال في حالة الخطأ لصيانة النفس المحرمة عن الإهدار لا بطريق أنه مثل كما أوجب الفدية على الشيخ الفاني عند وقوع اليأس به عن الصوم وذلك لا يدل على أن الإطعام مثل الصوم

وإذا ثبت أن وجوب المال بهذا الطريق ففي الموضع الذي يتمكن فيه من استيفاء مثل حقه لا معنى لإيجاب المال وكما ثبت هذا المعنى في الخطأ قلنا في كل موضع من مواضع العمد بتحقق هذا المعنى نوجب هذا المال أيضا لأن المخصوص من القياس بالنص يلحق به ما يكون في معناه من كل وجه فالأب إذا قتل ابنه عمدا يجب المال لتعذر إيجاب القصاص لحرمة الأبوة

وإذا عفى أحد الشريكين يجب للآخر المال لأنه تعذر عليه استيفاء القصاص لمعنى في القاتل وهو أنه حتى يقص نفسه بعفو الشريك فكان ذلك في معنى الخطأ فوجب المال للآخر ولا يجب للعافي لأنه إنما تعذر استيفاء القصاص عل العافي بإسقاطه من جهته لا بمعنى في القاتل ثم إقدام العافي على العفو يكون تعيينا منه لحقه في القصاص لأن العفو يعترف فيه بالإسقاط وذلك لا يكون إلا بعد تعيين حقه فيه ومع تعيين حقه في القصاص لا يجب له المال

وإذا مات من عليه القصاص إنما لا نوجب المال لأن هذا ليس في معنى الخاطئ من كل وجه

فإن تعذر إيجاب استيفاء القصاص بعد موته كان لفوات المحل فلو ألحقنا هذا بالخاطئ لمعنى التعذر كان قياسا والمخصوص من القياس لا يقاس عليه غيره وإذا كانت يد القاطع شلاء فالمجني عليه ها هنا عاجز عن استيفاء مثل حقه بصفته لا لفوات المحل بل لمعنى في الجاني

فإن شاء تجوز بدون حقه وإن شاء مال إلى استيفاء الإرش بمنزلة من أتلف على آخر كر حنطة ولم يجد عنده إلا كرا رديئا فإنه يتخير بين أن يتجوز بدون حقه وبين أن يطالب بالقيمة لتعذر استيفاء المثل بصفته بخلاف ما إذا قطعت يد القاطع ظلما لأن تعذر الاستيفاء ها هنا لفوات المحل فلم يكن في المعنى الأول وهو بخلاف ما إذا قطعت يده في سرقة أو قصاص فإنه يجب الإرش لأن المحل هناك في معنى القائم حكما حين قضي به حقا مستحقا عليه فيكون كالسالم له حكما فمن هذا الوجه هو في معنى الخطأ

وما قال : (إن في النفس حرمتين) فنقول : في نفس القاتل حرمتان كما في نفس المقتول فإذا أوجبنا القصاص يحصل به مراعاة الحرمتين جميعا ثم القصاص لا يجب إلا باعتبار الحرمتين جميعا وإذا اعتبرناهما لإيجاب القصاص لا يبقى حرمة أخرى تعتبر لإيجاب المال

ولو كان المعنى الذي قاله صحيحا لوجب أن يجمع بينهما استيفاء كمن قتل صيدا مملوكا في الحرم يجمع بين وجوب الكفالة لحرمة حق الله تعالى ووجوب الضمان لحق المالك وفيما قررنا جواب عما قال أن القصاص واجب بخلاف القياس فإنه لما كان المثل صورة ومعنى هو القصاص علم أنه هو الموجب الأصلي

والذي قال : (إنه بالامتناع من أداء الدية) يسلم نفسه في التهلكة : ضعيف فإن إلقاء النفس في التهلكة إنما كان بالقبيل السابق فأما بالامتناع من أداء الدية يسلم نفسه لإيفاء حق مستحق عليه ويمتنع من أداء ما ليس عليه فلا يكون به ملقيا نفسه في التهلكة وأما شبه العمد فهو ما تعمدت ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد فإن في هذا الفعل معنيين العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب ومعنى الخطأ باعتبار انعدام القصد منه إلى القتل لأن الآلة التي استعملها آلة الضرب للتأديب دون القتل والعاقل إنما يقصد كل فعل بآلته فاستعماله آلة التأديب دليل على أنه غير قاصد إلى القتل فكان في ذلك خطأ لشبه العمد صورة من حيث أنه كان قاصدا إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه

وكان مالك – رحمه الله – يقول لا أدري ما شبه العمد وإنما القتل نوعان عمد وخطأ

وهذا فاسد فإن شبه العمد ورد الشرع به على ما رواه النعمان بن بشير – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها خلفة في بطونها أولادها

والصحابة اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا الدية فيه مغلظة مع اختلافهم في صفة التغليظ على ما نبينه

وقال علي – رضي الله عنه – شبه العمد الضربة بالعصا والعزقة بالحجر العظيم

فأما بيان أحكام شبه العمد فنقول : إنه لا قصاص فيه لتمكن الشبهة والخطأ من حيث انعدام القصد إلى القتل والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وهي تعمد المساواة ولا مساواة بين قتل مقصود وقتل غير مقصود ثم هذا القتل لما اجتمع فيه معنيان أحدهما يوجب القصاص والآخر يمنع ترجح المانع على الموجب لأن السعي في إبقاء النفس واجب ما أمكن فإن الإبقاء حياة حقيقة وفي القصاص حياة حكما فلهذا لا يوجب القود في شبه العمد وإذا تعذر إيجاب القود وجبت الدية وهي مغلظة كما أشار إليه رسول الله – صلى الله عليه و سلم – في قوله : أربعون خلفة في بطونها أولادها وهو مروي عن ابن عمر وابن مسعود وأبي موسى الأشعري والمغيرة بن شعبة – رضي الله عنهم – أنهم أوجبوا الدية

مغلظة في شبه العمد وهذا التغليظ إنما يظهر في أسنان الإبل إذا وجبت الدية منها لا في شيء آخر وهذه الدية على عاقلة القاتل بمنزلة الدية في الخطأ وه و قول عامة العلماء

وكان أبو بكر الأصم يقول : لا تجب الدية على العاقلة بحال لظاهر قوله : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ (الإسراء : ١٥) ولقول رسول الله – صلى الله عليه و سلم – لأبي رمثة حين دخل عليه مع ابنه (أما أنه لا يجني عليك ولا تجني عليه) أي لا يؤخذ بجنايتك ولا تؤخذ بجنايته ولأن ضمان الإتلاف يجب على النتلف دون غيره بمنزلة غرامات الأموال وهذا أولى لأن جناية المتلف في إتلاف النفس أعظم من جنايته في إتلاف الأموال

ولكنا نستدل بما روي أن النبي – صلى الله عليه و سلم – (جعل عقل جناية كل بطن من الأنصار عليهم)

وفي حديث حمدان بن مالك بن نابغة قال : كنت بين جاريتين لي فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال – عليه السلام – لأولياء الضاربة (دوه فقال أخوها عمران بن عويمر الأسلمي أيدي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال – عليه الصلاة و السلام – أسجع كسجع الكهان) وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه تنصيص على إيجاب الدية على القاتل ثم هو معقول المعنى من أوجه :

أحدها : أن مثل هذا الفعل إنما يقصده القاتل بزيادة قوة له وذلك إنما يكون بالتناصر الظاهر بين الناس ولهذا التناصر أسباب :

منها : ما يكون بين أهل الديوان باجتماعهم في الديوان

ومنها : ما يكون بين العشائر وأهل المحال وأهل الحرف فإنما يكون تمكن الفاعل من مباشرتهم بنصرتهم فيوجب المال عليه ليكون زجرا لهم عن غلبة سفهائهم وبعثا لهم على الأخذ على أيدي سفهائهم لكيلا تقع مثل هذه الحادثة هذا في شبه العمد وكذلك في الخطأ لأن مثل هذا الأمر العظيم قلما يبتلي به المرء من غير قصد إلا لضرب استهانة وقلة مبالاة تكون منه وذلك بنصره من ينصره ثم الدية مال عظيم وفي إيجاب الكل على القاتل إجحاف به فأوجب الشرع ذلك على العاقلة دفعا لضرر الإجحاف عن القاتل كما أوجب النفقة على الأقارب بطريق الصلة لدفع ضرر الحاجة ولهذا أوجب عليهم مؤجلا على وجه يقل ما يؤديه كل واحد منهم في كل نجم ليكون الاستيفاء في نهاية من التيسير عليهم ولأن كل واحد منهم يخاف على نفسه أن يبتلي بمثل ذلك فهذا يواسي ذلك إذا ابتلي به وذلك يواسي هذا فيندفع ضرر الإجحاف من كل واحد منهم ويحصل معنى صيان ة دم المقتول عن الهدر ومعنى الإعسار لورثته بحسب الإمكان

وبهذا يتبين أنا لا نجعل وزر أحد على غيره وإنما نوجب ما نوجبه على العاقلة بطريق الصلة في المواساة وبهذا لا نوجب ذلك إن كان المتلف مالا لأن الواجب قل ما يعظم هناك بل يتقدر بقدر المتلف فلا يؤدي إلى الإجحاف بالمتلف أن لو ضن به (ولهذا) لا نوجب القليل من الإرش وهو ما دون إرش الموضحة على العاقلة ومن موجب شبه العمد أيضا حرمان الميراث لأنه جزاء أصل الفعل وهو ما لا يندرئ بالشبهات ومن موجبه الكفارة أيضا باعتبار هذا

المعنى لأنه جزاء أصل الفعل وهو مما لا يندرئ بالشبهات وبهذا ثبت في الخطأ المحض ففي شبه العمد أولى وأما الخطأ فهو ما أصبت مما كنت تعمدت غيره

والخطأ نوعان :

أحدهما : أن يقصد الرمي إلى صيد أو هدف أو كافر فيصيب مسلما فهذا خطأ من حيث أنه انعدم منه القصد إلى المحل الذي أصاب

والثاني : أن يرمي شخصا يظنه حربيا فإذا هو مسلم أو يظنه صيدا فإذا هو مسلم فهذا خطأ باعتبار ما في قصده وإن كان هو قاصدا إلى المحل الذي أصابه وحكم الخطأ أنه لا يجب فيه القصاص لأن الخطأ موضوع عنا رحمة من الشرع قال الله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ﴾ (الأحزاب : ٥) وقال : ﴿ ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ (البقرة : ٢٨٦) وقال – عليه السلام – رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فإذا تعذر إيجاب القصاص وجبت الدية بالنص قال الله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ (النساء : ٩٢) وبينا المعنى فيه لصيانة دم المقتول عن الهدر فاستحقاق صيانة نفسه لا يسقط بعذر الخاطئ ومن موجبه الكفارة فإنها تثبت بهذا النص أيضا

والمعنى فيه معقول فإن القتل أمر عظيم قلما يبتلي به المرء من غير قصد ما لم يكن به تهاون في التحرز وعلى كل أحد المبالغة في التحرز لكيلا يبتلى بمثل هذا الأمر العظيم فإذا ترك ذلك كان هو ملتزما بترك التحرز فنوجب عليه الكفارة جزاء على ذلك ولأن مثل هذا الأمر العظيم لا يبتلى به المرء إلا بنوع خذلان وهذا الخذلان لا يكون إلا عن ذنوب سبقت منه والحسنة تذهب السيئة قال الله تعالى : ﴿ إن الحسنات يذهبن السيئات ﴾ (هود : ١١٤) فنوجب عليه الكفارة لتكون ماحية للذنوب السابقة فلا يبتلي بمثل هذا الأمر العظيم بعدها وفي سيئة العمد معنى إيجاب الكفارة أظهر لما يلحقه من المأثم بالقصد إلى أصل الفعل

وفيه حديث واثلة بن الأسقع حيث قال أتينا رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بصاحب لنا قد أوجب النار بالقتل فقال – عليه السلام – : (اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو عضوا منه من النار) وإيجاب النار لا يكون إلا بالإقدام على قتل محرم وقد قامت الدلالة على أن الكفارة لا تجب في العمد المحض فعرفنا أن المراد شبه العمد

ثم قال الشافعي المعنى في وجوب الكفارة بالقتل أنه نقص من عدد المسلمين أحدهم ممن كان يحضر الجمع والجماعات فعليه إقامة نفس مقام ما أتلف ولا يمكنه ذلك إحياء فعليه إقامة مقام النفس المتلفة تحريرا لأن الحرية حياة والرق تلف وبهذا أوجب الكفارة على العامد وقلنا نحن إنما أوجب الكفارة عليه لأن الشرع سلم له نفسه شكرا لله وذلك في أن تحرر نفس منه لتشتغل بعبادة الله وإن عجز عن ذلك فعليه صوم شهرين متتابعين شكرا لله حيث سلم له نفسه وبهذا لا نوجب الكفارة على العامد لأن الشرع أوجب عليه القصاص ونوجبها في شبه العمد لأن الشرع سلم له نفسه تخفيفا عليه وترجيح أحد المعنيين على الآخر يبين في مسألة كفارة العمد إذا انتهينا إليها إن شاء الله تعالى

وليس في هذه الكفارة إطعام عندنا

وفي أحد قولي الشافعي إذا عجز عن الصوم يطعم ستين مسكينا بالقياس على كفارة الظهار وهو بناء على أصله أن قياس المنصوص على المنصوص يجوز فإن المطلق والمقيد في حادثتين يحمل أحدهما على الآخر وذلك غير جائز عندنا وموضع بيانه أصول الفقه

فأما ما أجري مجرى الخطأ على ما ذكره الرازي : فهو النائم إذا انقلب على إنسان فقتله وهذا ليس بعمد ولا خطأ لأنه لا تصور للقصد من النائم حتى يتصور منه ترك القصد أو ترك التحرز ولكن الانقلاب الموجب لتلف ما انقلب عليه يتحقق من النائم فيجري هذا مجرى الخطأ حتى تجب الدية على عاقلته والكفارة ويثبت به حرمان الميراث ليوهم أن يكون متهاونا ولم يكن نائما قصدا منه إلى استعجال الميراث وأظهر من نفسه القصد إلى محل آخر فأما ما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجري مجرى الخطأ فهو حافر البئر وواضح الحجر في الطريق فليس بمباشر للقتل لأن مباشرة القتل بإيصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وإنما اتصل فعله بالأرض فعرفنا أنه ليس بقاتل عمد ولا شبه عمد ولا خطأ ولا ما أجري مجرى الخطأ بل هو بسبب متعد فنوجب الدية على عاقلته للحاجة إلى صيانة النفس المتلفة عن الهدر ولا يجب عليه الكفارة ولا يحرم الميراث ع لى ما يأتيك بيانه في بابه قال وفي النفس الدية معناه بسبب إتلاف النفس فإن حرف (في) للظرف حقيقة والنفس لا تكون ظرفا للدية بل قتلها سبب لوجوب الدية كما يقال في النكاح حل وفي الشراء ملك وهذا لقوله تعالى : ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ (النساء : ٩٢) وقال – عليه السلام – في النفس مائة من الإبل . وقال علي – رضي الله عنه – في النفس الدية وما لا يعرف بالرأي والمنقول عنه فيه كالمرفوع إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – : (وفي الأنف الدية)

والحاصل : أن ما لا ثاني له في البدن من أعضاء أو معان مقصودة فإتلافها كإتلاف النفس في أنه يجب بها كمال الدية والأعضاء التي هي أفراد ثلاثة الأنف واللسان والذكر وذلك مروي في حديث سعيد بن المسيب أن النبي – عليه السلام – قال : (في الأنف الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) وهكذا روي عن علي بن أبي طالب ثم قطع الأنف تفويت جمال كامل ومنفعة كاملة وامتياز الآدمي من بين سائر الحيوانات فات بهما فتفويتهما في معنى تفويت النفس فكما تجب الدية بقطع جميع الأنف بحيث يقطع المارن لأن تفويت الجمال به يحصل وكذلك تفويت المنفعة لأن المنفعة في الأنف اجتماع الروائح في قصبة الأنف لنقله منها إلى الدماغ وذلك تفويت بقطع المارن والمارن ما دون قصبة الأنف وهو ما لأن منه وكذلك في اللسان الدية لأن الآدمي قد امتاز من بين سائر الحيوان باللسان وقد من الله تعالى به على عباده فقال تعالى : ﴿ خ لق الإنسان علمه البيان ﴾ (الرحمن : ٣ – ٤) وذلك يفوت بقطع اللسان ففيه تفويت أعظم المقاصد في الآدمي وكذلك في قطع بعض اللسان إذا منع الكلام

وإن كان بحيث يمنع بعض الكلام دون البعض فالجواب الظاهر أن فيه حكومة عدل لأنه لم يتم تفويت المقصود بهذا القدر وإنما تمكن فيه نقصان فيجب باعتباره حكومة عدل

وقد قال بعض مشايخنا – رحمهم الله – : إن الدية تقسم على الحروف فحصة ما يمكنه أن يصححه من الحروف تسقط عنه وحصة ما لا يمكنه أن يصححه من الحروف تجب عليه ولكن على هذا القول لا يعتبر في القسمة إلا الحروف التي تكون باللسان فأما الهاء والحاء والعين لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك في القسمة

وفي الكتاب روي أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قضى في اللسان بالدية وفي الأنف بالدية قال وفي الذكر دية لأن في الذكر تفويت منفعة مقصودة من الآدمي وهي منفعة النسل ومنفعة استمساك البول والرمي به عند الحاجة وكذلك في الحشفة الدية كاملة لأن تفويت المقصود يحصل بقطع الحشفة كما يحصل بقطع جميع الذكر ووجوب الدية الكاملة باعتباره والمعاني التي هي أفراد في البدن العقل والسمع والبصر والذوق والشم ففي كل واحد منها دية كاملة هكذا روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة كان ضرب على رأسه فأذهب عقله وسمعه وبصره ومنفعة ذكره

وكان المعنى فيه أن العقل من أعظم ما يختص به الآدمي وبه ينتفع بنفسه في الدنيا والآخرة وبه يمتاز من البهائم فالمفوت له كالمبدل لنفسه الملحق له بالبهائم وكذلك منفعة السمع فإنها منفعة مقصودة بها ينتفع المرء بنفسه وكذلك منفعة البصر فإنها مقصودة

(ألا ترى) أن الناس يقولون للذي لا بصر له بمنزلة الميت الذي لم يدفن وكذلك منفعة الشم منفعة مقصودة في البدن ومنفعة الذوق كذلك فتفويتها من وجه استهلاك باعتبار أن فيه منفعة مقصودة فيوجب كمال الدية وكذلك في الصلب الدية كاملة إذا منع الجماع لما فيه من تفويت منفعة مقصودة وهي منفعة النسل

وكذلك إذا حدث فإن فيه تفويت جمال كامل لأن الجمال للآدمي في كونه منتصب القامة قيل في معنى قوله تعالى : ﴿ لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم ﴾ (التين : ٤) منتصب القامة وذلك يفوت إذا حدب والجمال للآدمي مطلوب كالمنفعة فتفويت الجمال الكامل يوجب دية كاملة فإن عاد إلى حاله ولم ينقصه ذلك شيئا إلا أن فيه أثر الضربة ففيه حكومة عدل لأنه نفى بعض الشيئين ببقاء أثر الضربة فيجب باعتباره حكم عدل ومن هذه الجملة الإفضاء في المرآة إذا كانت بحيث لا تستمسك البول فإنه يوجب كمال الدية لأن فيه تفويت منفعة كاملة لا ثاني لها في البدن وهي منفعة استمساك البول وذكر المبرد أن النبي – عليه السلام – قال : (في الصعر الدية) وفسر المبرد ذلك بتعويج الوجه وفيه تفويت جمال كامل وأما ما يكون زوجا في البدن ففي قطعهما كمال الدية وفي أحدهما نصف الدية وأصل ذلك في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي – عليه السلام – قال : (في العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية) (وفي اليدين الدية وفي إحداهما نصف الدية) وهكذا روي عن علي – رضي الله عنه – قال الأعضاء التي هي أزواج في البدن العينان والأذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة والأنثيان والرجلان

أما في العينين إذا فقئا الدية كاملة بتفويت الجمال والمنفعة المقصودة وأما في الأذنين الشاخصتين فالدية كاملة لأن في قطعهما تفويت الجمال الكامل وتفويت المنفعة أيضا فإن الأصوات تجتمع فيها وتنفذ إلى الدماغ وبهما تقي الأذى عن الدماغ ففيهما الدية وفي إحداهما نصف الدية

وكذلك في الحاجبين إذا حلقهما على وجه أفسد المنبت أو نتفهما فأفسد المنبت لأن فيه تفويت جمال كامل فيجب فيهما الدية وفي إحداهما نصف الدية عندنا خلافا للشافعي – رضي الله عنه – على ما نبينه في فصول الشعر إن شاء الله

وفي الشفتين معنى الجمال الكامل والمنفعة الكاملة فبقطعهما تجب الدية كاملة وبقطع إحداهما نصف الدية والعليا والسفلى في ذلك سواء

وعن زيد بن ثابت – رضي الله عنه – قال في السفلى ثلثا دية وفي العليا ثلث الدية لأن في العليا جمالا فقط وفي السفلى جمالا ومنفعة وهي استمساك الريق بها وكذلك في اليدين فإن منفعة البطش في الآدمي منفعة مقصودة ففي قطعهما تفويت هذه المنفعة وفي قطع إحداهما تنقيصه

وكذلك في ثديي المرأة منفعة مقصودة كاملة وهي منفعة رضاع الولد وكما تجب الدية بقطع ثدييها تجب بقطع حلمتيها لأن تفويت المنفعة يحصل بقطع الحلمة كما يحصل بقطع جميع الثدي فهو نظير ما ذكرنا في الحشفة مع الذكر والمارن مع الأنف وفي الأنثيين منفعة مقصودة وهي منفعة الأمناء والنسل ففيهما الدية وفي إحداهما نصف الدية

وفي الرجلين منفعة مقصودة وهي منفعة المشي وانتفاع المرء بنفسه إنما يكون إذا تمكن المرء من المشي فقطع الرجلين بمنزلة استهلاكه حكما وأما ما يكون أرباعا في البدن فهو أشفار العينين يجب في كل شفر ربع الدية ويستوى إن نتف الأهداب فأفسد المنبت أو قطع الجفون كلها بالإشفار لأن تفويت الجمال يتم بذلك وكذلك تفويت المنفعة لأن الأهداب والجفون تقي الأذى عن العينين وتفويت ذلك ينقص من البصر ويكون آخره العمى فيجب فيها كمال الدية وهي أرباع في البدن فتوزع الدية عليها في كل واحدة منها ربع الدية فأما ما يكون أعشارا في البدن كالأصابع يعني أصابع اليدين أو الرجلين فإن قطع أصابع اليد يوجب كمال الدية لما فيها من تفويت منفعة البطش والبطش بدون الأصابع لا يتحقق وفي كل أصبع عشر الدية هكذا روي في حديث سعيد بن المسيب أن النبي – عليه السلام – قال (وفي كل أصبع عشر من الإبل) وجميع ما ذكرنا مذكور فيما كتب رسول الله – صلى الله عليه و سلم – لعمرو بن حزم وفيها : (وفي كل أصبع عشر من الإبل وفي كل سن خمس من الإبل) وهكذا رواه عبدالله بن عمر – رضي الله عنه – عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم

وكان عمر – رضي الله عنه – في الابتداء يقول في الخنصر ست من الإبل وفي البنصر تسع من الإبل وفي الوسطى عشر وفي السبابة والإبهام خمس وعشرون ثم لما بلغه حديث رسول الله – صلى الله عليه و سلم – رجع إلى الحديث فقال الأصابع كلها سواء

والذي تبيناه في أصابع اليد كذلك في أصابع الرجل لأن في قطعها تفويت منفعة المشي ومنفعة المشي كمنفعة البطش والصغير والكبير في جميع ما ذكرنا سواء لأن في أعضائه عرضة لهذه المنافع ما لم يصبها آفة ففي تفويتها تفويت المنفعة كما في حق الكبير وأما ما يزيد على ذلك في البدن فهي الأسنان يجب في كل سن نصف عشر الدية لما روينا من الحديث ويستوي في ذلك الأنياب والنواجذ والضواحك والطواحين

ومن الناس من فضل الطواحين على الضواحك لما فيها من زيادة المنفعة ولسنا نأخذ بذلك لأن النبي – عليه الصلاة و السلام – قال : (في كل سن خمس من الإبل) من غير تفصيل ثم إن كان في بعضها زيادة منفعة ففي بعضها زيادة جمال والجمال في الآدمي كالمنفعة حتى قيل إذا قلع جميع أسنانه فعليه ستة عشر ألفا لأن الأسنان اثنان

وثلاثون سنا فإذا الواجب في كل نصف عشر الدية خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر ألفا وليس في البدن جنس يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان

فإن قلع جميع أسنان الكوسج ... فعليه أربعة عشر ألفا لأن أسنانه ثمانية وعشرون هكذا حكي أن امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال إن كنت كوسجا فأنت طالق فسئل أبو حنيفة - رحمه الله - عن ذلك فقال تعد أسنانه فإن كانت اثنين وثلاثين فليس بكوسج وإن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج

قال : (وبلغنا عن علي - رضي الله عنه - قال في الرأس إذا حلق ولم ينبت الدية كاملة) وبهذا أخذ علماؤنا - رحمهم الله - وقال إذا حلق شعر رأس إنسان حتى أفسد المنبت فعليه كمال الدية الرجل والمرأة في ذلك سواء

وقال الشافعي في شعر الرأس حكومة عدل

وكذلك في اللحية إذا حلقت فلم تنبت كمال الدية عندنا وقال الشافعي - رضي الله عنه - حكومة عدل لأنه شعر مستمد من البدن بعد كمال الخلقة فلا يتعلق بحلقه كمال الدية كشعر الصدر والساق وهذا لأنه ليس في حلق الشعر تفويت منفعة كاملة إنما فيه فقط تفويت بعض الجمال فإنه يلحقه نوع شين على الوجه الذي لغير الكوسج بقلة شعره ووجوب كمال الدية يعتبر بتفويت منفعة كاملة والدليل عليه أن ما يوجب في الحر كمال الدية يوجب في العبد كمال القيمة وبالاتفاق لو حلق لحية عبد إنسان لا يلزمه كمال القيمة وإن أفسد المنبت وإنما يلزمه النقصان فكذلك في حق الحر

وحجتنا في ذلك : حديث علي - رضي الله عنه - فإن ما نقل عنه في هذا الباب كالمرفوع إلى رسول الله - صلى الله عليه و سلم - لأن ذلك لا يستدرك بالرأي

والمعنى فيه : أنه فوت عليه جمالا كاملا فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الأذنين الشاخصتين وبيان ذلك أن في اللحية جمالا كاملا في أوانه وكذلك في شعر الرأس جمال كامل

(ألا ترى) أن من عدم ذلك خلقة تكلف لستره وإخفائه ولا شك أن في شعر الرأس جمالا كاملا وبعض المنفعة أيضا فما يحصل لها بالجمال من المنفعة أعظم وجوه المنفعة وكذلك في اللحية والأصل فيه ما روي عن النبي - صلى الله عليه و سلم - أنه قال : (إن لله تعالى ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب) ثم تفويت المنفعة يوجب كمال الدية كما إذا ضرب على ظهره حتى انقطع ماؤه فكذلك تفويت الجمال الكامل يوجب كمال الدية لأن الغرض لعقلاء في الجمال أكثر مما هو في المنفعة بخلاف شعر الصدر والساق فليس في حلقه تفويت جمال كامل فلهذا لم يؤثر ذلك في النقصان فلا يجب شيء

فأما في لحية العبد فروايتان :

روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب كمال القيمة

وفي ظاهر الرواية : يجب نقصان القيمة وهو نظير الروايتين في قطع الأذنين الشاخصتين من العبد

ففي رواية الحسن قال : القيمة في العبد كالدية في الحر فما يجب بتفويته كمال الدية في الحر يجب بتفويته كمال القيمة في العبد

وفي ظاهر الرواية قال : الجمال غير مقصود للمولى من عبده وإنما المقصود منفعة الاستخدام وبحلق لحيته أو قطع الأذنين الشاخصتين منه لا يفوت هذا المقصود فلهذا لا يجب به كمال القيمة فأما الجمال فمقصود في الأحرار وبتفويته يجب كمال الدية وتكلموا في حلق لحية الكوسج

والأصح في ذلك ما فصله أبو جعفر الهندواني – رحمه الله – : إن كان النابت على ذقنه شعرات معدودة فليس في حلق ذلك شيء لأن وجود ذلك لا ." (١)

" (قال – رحمه الله –) (قد بينا أنه لا حكم لقبول الموصى له ورده في حياة الموصي) لأن أوان وجوب الوصية ما بعد موته ولا معتبر بالقبول والرد قبل أوانه فإذا مات الموصي فإن قبل الموصى له الوصية فالملك له في الموصى به قبضه أو لم يقبضه لأن بمجرد القبول يلزم العقد على وجه لا يملك أحد إبطاله فيثبت حكمه وهو الملك بخلاف الهبة بعد القبول قبل القبض

وإن رد الموصى له الوصية بطلت برده عندنا

وفي قول الشافعي لا تبطل وهو إحدى الروايتين عن زفر لأن الملك بالوصية بمنزلة الملك بالإرث على معنى أنه عقب الموت ثم الإرث لا يرتد برد الوارث فكذلك الوصية وهذا لأن الملك ها هنا يثبت بطريق الخلافة وهو أن الموصى له صار خلفا عن الموصي في ملك الوصي به كالوارث في التركة

وجه قول علمائنا – رحمهم الله – : أن هذا تمليك المال بالعقد فلا يثبت إلا بالقبول أو مما يقوم مقامه كالتمليك لسائر العقود وهذا لأن الملك يثبت للموصى له ابتداء ولهذا لا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي والملك المتجدد يستدعى شيئا مبتدأ وأحد لا يملك تتميم سبب الملك لغيره بغير رضاه بخلاف الميراث فإنه يبقى للوارث الملك الذي كان ثابتا للمورث حتى يرده بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه المورث والبقاء لا يستدعى سببا مبتدأ أو لأن أحدا لا يثبت له على غيره ولأنه إدخال الشيء في ملكه قصدا من غير اختياره وفي الميراث الملك ثبت من غير اختيار من المورث

(ألا ترى) أنه لو أراد أن يمنعه لا يتمكن من ذلك وللشرع هذه الولاية فأما ما هنا فإن الملك يثبت بإيجاب الموصي بدليل أنه له أن يمنعه من ذلك بالرجوع عن الوصية قبل موته ولا يثبت إلا بالقبول من الموصى له لأنعدام ولاية الموصي عليه ولأن تنفيذ الوصية لمنفعة الموصي له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله تضرر به فإنه لو أوصى به بعبد أعمى تجب عليه نفقته إذا أثبت الملك له ولو أوصى بدنان مسكرة أو بزبل اجتمعت في داره

ولو ثبت الملك له بغير قبوله وجب عليه نقلها شاء أو أبى وفي هذه من الضرر عليه ما لا يخفي

وكذلك لو أوصى له بآنية أو بمملوك له ذي رحم محرم منه أو مملوك قد حلف بعتقه إن ملكه لو دخل في ملكه من غير قبوله لكان يعتق عليه ويلزمه ولاؤه وليس لأحد أن يلزمه الولاء من غير اختياره ولو أوصى له بزوجته أو ملكها بدون قبوله نفذ نكاحه وليس للموصي ولاية إفساد نكاحه فلهذا قلنا بأنه لا يثبت له الملك ما لم يقبل

---

(١) المبسوط، ٣٩٤/٧

وكذلك إن أوصى بأم ولده فما لم يقبلها لا تصير أم ولد له فإن لم يعلم الموصى له بالوصية بعد موت الموصي حتى مات ففي القياس ورثته بمنزلته لا يجبرون على القبول وهو إحدى الراويتين عن زفر – رحمه الله – لأن الورثة إنما يخلفونه بالقيام في الملك الذي كان ثابتا له في حياته وها هنا الملك ما كان ثابتا له في حياته قبل قبول الوصية وإنما كان الثابت له حق القبول وهو حق متأكد لا يملك غيره ابطاله فيقوم وارثه فيه مقامه فلا يثبت الملك ما لم يقبل الوارث وهذا لأن موت الموصى له مناف للوصية لا متمم لها

(ألا ترى) أنه لو مات في حياة الموصي بطلت الوصية وها هنا الوصية ما كانت تامة قبل موته ويستحيل أن يكون الموت الذي هو المنافي متمما للوصية

ولكنا ندع القياس في هذا ونجعلها من مال الموصى له استحسانا حتى إذا كانت أم ولده تعتق وإذا كانت غير أم ولده تصير مملوكة لورثته لأن سبب الملك قديم من جهة الموصي على وجه لا يتمكن هو ولا من يقوم مقامه من إبطاله وإنما بقي حق الرد للموصى له وذلك يبطل بموته كالمشتري إذا شرط الخيار لنفسه ثم مات في مدة الخيار تم الملك لأن الثابت له حق الرد ولم يبق بعد موته فيتم الملك فهذا مثله وهذا لأن حق الرد إنما كان ثابتا له لحاجته إلى دفع الضرر عن نفسه وقد انتهت حاجته بموته

ولو كان الموصى له حيا لم يعلم بالوصية وكان يطؤها بالنكاح حتى ولدت له أولادا ثم علم بالوصية فهو بالخيار لأن إقدامه على وطئها قبل العلم بالوصية لا يكون دليل القبول والرضا منه بالوصية والنكاح كان قائما بينهما قبل القبول وحل الوطء ثابت له بحكم النكاح فلهذا نفى خياره في القبول إذا علم بالوصية فإن قبلها كانت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وأولاده أحرار إن كانوا يخرجون من الثلث لأنهم حدثوا بعد تمام الوصية من جهة الموصي وبعد تمام السبب الموجب للملك قبل ثبوت الملك فكانوا بمنزلة الولد الحادث في مدة الخيار إذا تم الملك للمشتري وإن رد الوصية فهي وأولادها للورثة والنكاح بينه وبينها قائم ونسب الأولاد منه ثابت

ولو أوصى رجل لرجلين بثلثه فرد أحدهما الوصية بعد موته كان للآخر حصته من الوصية إذا قبل لأن في حق الرد منهما بطلت الوصية برده

ولو بطلت بسبب آخر بأن كان وارثا جاز في حصة الآخر فكذلك إذا بطلت برده وهذا لأن الشيوع لا يمنع صحة الوصية بخلاف الهبة فإن القسمة مشروطة في الهبة ليتم القبض والقبض ليس بشرط لوقوع الملك في الوصية

وإذا أوصى رجل بوصية فقبلها بعد موته ثم ردها على الورثة فرده جائز إذا قبلوا ذلك لأن الرد عليهم فسخ للوصية وهم قائمون مقام الميت

ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحا إذا قبله فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه وهذا لأن فسخ العقد معتبر بالعقد فإذا كان أصل هذا العقد يتم بالإيجاب والقبول كذلك يجوز فسخه بالتراضي وبهذا فارق الصدقة والهبة فإن ذلك ابتداء التمليك والشيوع فيما يحتمل القسمة مع صحته وهذا فسخ الوصية والشيوع لا يؤثر في فسخ الوصية كما لا يؤثر في أصل الوصية

وإن ردها على بعض الورثة دون البعض ففي القياس هذا باطل لأن هذا تمليك منه لمن ردها عليه فيكون التملك بلفظ الهبة والإعطاء

ولكنا نستحسن فنجعل ذلك كالرد على جماعتهم وكان بينهم على فرائض الله تعالى لأن أصل العقد كان بينه وبين الموصي والرد فسخ لذلك العقد فيجوز بينه وبين الموصي أيضا وأحد الورثة يقوم مقام الورثة في حقوقهم كجماعتهم فكان الرد على أحدهم بمنزلة الرد عليهم أو هذا فسخ لقبوله وهو ينفرد بفسخ القبول في حق نفسه وإنما كان لا يثبت في حق الورثة إذا أبوا ذلك دفعا للضرر عنهم وعن مورثهم فإذا رضوا بذلك أو رضي به أحدهم وهو قائم مقامهم في فسخ القبول منهم وصار كأنه رده قبل أن يقبل فيكون ميراثا للورثة وكذلك لو كان على الميت دين فوهبه الطالب للورثة أو لبعضهم فهو هبة لهم كلهم كأنه وهبه للميت لأن أصل المنفعة بهذه الهبة للميت وإنه يبرئ ذمته لها وأحد الورثة يقوم مقامه فيما هو من حقه ولو أوصى له بخادم ثم مات الموصي فوهب إنسان للخادم ألف درهم والخادم هي الثلث ثم قبل الموصى له الوصية فله الخادم وثلث الألف لأن السبب من جهة الموصي قديم لكن لم يثبت الملك للموصى له لانعدام القبول منه والكسب الحادث بعد تمام السبب يثبت فيه حكم السبب فإذا قبل فله الخادم وثلث الألف لأنه لو خرج جميع الألف من الثلث سلمت له فكذلك يسلم له ثلثها وكذلك لو ولدت ولدا

فإن هلك بعض المال فله الخادم من الثلث فإن بقي شيء من الثلث فله ذلك من الولد والهبة في قول أبي حنيفة – رحمه الله

وقال أبو يوسف ومحمد : الثلث من الخادم وولدها وما وهب لها بالحصة لا يقدم شيء من ذلك على شيء لأن حدوث ذلك بعد تمام السبب وقبل تمام الملك بمنزلة المقترن بأصل السبب

(ألا ترى) أن المبيعة قبل القبض إذا ولدت جعل الولد كالموجود عند العقد في اقتسام الثمن عند القبض فكذلك ها هنا

ولو كان جميع ذلك موجودا عند العقد وأوصى بالكل كان يسلم للموصى له بالثلث من الكل بالحصة

والدليل عليه أن التركة بعد الموت قبل القسمة مبقاة على حكم الميت وكذلك الموصى به بعد الموت وقبل القبول ثبوت حكم الوصية في الولد والكسب ليس بطريق التبعية لأن حكم التبعية لا يبقي بعد الانفصال ولا تعتبر السراية لأن السراية إلى غير متولد من الأصل لا تكون والكسب غير متولد من الأصل فعرفنا أن ثبوت الحكم في الولد والكسب باعتبار أنه يجعل كالموجود ويصير كأن الوصية تناولته قصدا

وأبو حنيفة يقول : الجارية هي المقصودة بالوصية والكسب والولد تبع فإنما يبدأ من محل الوصية ما هو المقصود بالوصية لأن استقرار الحكم يكون في محله فيكون هو فيما هو المقصود

وبيان ذلك : أن وجوب الوصية بالموت وعند الموت الموجود أم فقط والموجب إنما أوجب الوصية فيها ثم يثبت حكم الوصية فيما يحدث من الكسب والولد بعد ذلك بطريق التبعية والانفصال لا ينافي التبعية

(ألا ترى) أن ولد المبيعة قبل القبض يكون مملوكا تبعا ولهذا لا يمنع رد الأصل بالعيب والدليل عليه أن حكم الوصية لا يثبت في الكسب والولد الحادث قبل موته لأن ثبوت الحكم بطريق التبعية لا يكون إلا بعد ثبوته في الأصل

فإذا ثبت هذا فنقول : الوصية فيمنا زاد على الثلث أضعف من الوصية بالثلث وما يثبت حكم الوصية فيه تبعا يكون أضعف مما يثبت حكم الوصية فيه مقصودا فيتعين للقوى محل أقوى وللضعيف محل يليق به

يوضحه : أنا لو أخذنا بما قال أبو يوسف ومحمد أدى إلى أن تبطل الوصية في الأصل لمكان البيع فإنه إذا كان الثلث بقدر قيمتها قبل أن تلد يجب تنفيذ الوصية في جميعها ثم إذا ولدت ولدا قيمته مثل قيمتها تنفذ الوصية في نصف الأم ونصف الولد أو في ثلثي الأم وثلثي الولد فيؤدي إلى أن تبطل الوصية في بعض الأصل لأجل تنفيذ الوصية في التبع ولا يجوز أن يكون التبع مبطلا للحكم الثابت في الأصل بحال والله أعلم ." (١)

"من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق قال في الشرح وحكى عن العنبري ويجب في كل شيء مثله لحديث القصعة لما كسرتها إحدى نسائه صححه الترمذي ولنا حديث العتق وهذا محمول على أنه جوزه **بالتراضي** انتهى

في بلد غصبه لأنه موضع الضمان بمقتضى التعدي

ويضمن مصاغا مباحا من ذهب أو فضة بالأكثر من قيمته أو وزنه ويقوم بغير جنسه لئلا يؤدي إلى الربا

والمحرم كأواني الذهب والفضة وحلي الرجال يضمن

بوزنه من جنسه لأن صناعته محرمة لا قيمة لها شرعا

ويقبل قول الغاصب في قيمة المغصوب التالف

وفي قدره بيمينه حيث لا بينة للمالك لأنه منكر والأصل براءته من الزائد

ويضمن الغاصب

جنايته أي المغصوب

وإتلافه أي بدل ما يتلفه

بالأقل من الأرش أو قيمته أي العبد كما يفديه سيده لتعلق ذلك برقبته فهي نقص فيه كسائر نقصه وجناية المغصوب على الغاصب أو على ماله هدر لأنها لو كانت على غيره كانت مضمونة عليه ولا يجب له على نفسه شيء فتسقط

". (٢)

"وإن غبن غبنا فاحشا بطلت لتبين فساد الإفراز

وإن ادعى كل أن هذا من سهمه وأنكره الآخر

---

(١) المبسوط، ٤٧٢/٧

(٢) منار السبيل، ٤٠٤/١

تحالفا ونقضت القسمة لأن المدعي لا يخرج عن ملكهما ولا سبيل لدفعه إلى مستحقه منهما بدون نقض القسمة

وإن حصلت الطريق في حصة أحدهمكا ولا منفذ للآخر بطلت لعدم تمكن الداخل من الانتفاع بما حصل له بالقسمة فلا تكون السهام معدلة والتعديل واجب في جميع الحقوق وقال ابن قندس فإن أخذه راضيا عالما أنه لا طريق له جاز لأن قسمة التراضي بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز & باب الدعاوي والبينات &

الدعوى لغة لغة الطلب واصطلاحا إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعي من يطالب غيره بحق والمدعى عليه الطالب ويقال أيضا المدعي من إذا ترك ترك والمدعى عليه من إذا ترك لا يترك والبينة العلامة كالشاهد فأكثر واصل هذا الباب حديث ابن عباس مرفوعا لو يعطي النس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه رواه أحمد ومسلم

لا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف أي حر مكلف رشيد

وإن تداعيا عينا لم تخل من أربعة أحوال

أحدها أن لا تكون بيد أحد ولا ثم ظاهر يعمل به

ولا بينة لأحدهما

فيتحالفان ويتناصفانها لاستوائهما في الدعوى وليس أحدهما أولى

---

(١) ".

"هِبَةُ بَعْضِ الثَّمَنِ تَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ إلَّا إذَا كَانَتْ بَعْدَ الْقَبْضِحَطُّ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ لَا يَلْتَحِقُ فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لَهُ دَعْوَى فِي رَقَبَةِ الدَّارِ وَشُفْعَةٌ فِيهَا ؛ يَقُولُ : هَذِهِ الدَّارُ دَارِي ، وَأَنَا أَدَّعِيهَا فَإِنْ وَصَلَتْ إلَيَّ ، وَإِلَّا فَأَنَا عَلَى شُفْعَتِي فِيهَا اسْتَوْلَى الشَّفِيعُ عَلَيْهَا بِلَا قَضَاءٍ ، فَإِنْ اعْتَمَدَ قَوْلَ عَالِمٍ لَا يَكُونُ ظَالِمًا ، وَإِلَّا كَانَ ظَالِمًا .

وَفِي جِنَايَاتِ الْمُلْتَقَطِ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ،أَشْيَاءُ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ الْعَقْلُ وَالشُّفْعَةُ وَأُجْرَةُ الْقَسَّامِ وَالطَّرِيقُ إذَا اخْتَلَفُوا فِيهِ (انْتَهَى)

كِتَابُ الْقِسْمَةِ

الْغَرَامَاتُ إذَا كَانَتْ لِحِفْظِ الْأَمْلَاكِ فَالْقِسْمَةُ عَلَى قَدْرِ الْمِلْكِ وَإِنْ كَانَتْ لِحِفْظِ الْأَنْفُسِ فَهِيَ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ .

وَفَرَّعَ عَلَيْهَا الْوَلْوَالِجِيُّ فِي الْقِسْمَةِ مَا إذَا غَرَّمَ السُّلْطَانُ أَهْلَ قَرْيَةٍ ، فَإِنَّهَا تُقَسَّمُ عَلَى هَذَا ، وَهِيَ فِي كَفَّارَةِ التَّتَارْخَانِيَّة وَفِي فَتَاوَى قَارِئِ الْهِدَايَةِ إذَا خِيفَ الْغَرَقُ فَاتَّفَقُوا عَلَى إلْقَاءِ بَعْضِ الْأَمْتِعَةِ مِنْهَا فَأَلْقَوْا ، فَالْغُرْمُ بِعَدَدِ الرُّءُوسِ ؛ لِأَنَّهَا لِحِفْظِ الْأَنْفُسِ (انْتَهَى)

الْقِسْمَةُ الْفَاسِدَةُ لَا تُفِيدُ الْمِلْكَ بِالْقَبْضِ وَهِيَ تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِيَجُوزُ بِنَاءُ الْمَسْجِدِ فِي الطَّرِيقِ الْعَامِّ إنْ كَانَ وَاسِعًا

---

(١) منار السبيل، ٤٢٢/٢

لَا يَضُرُّ ، وَكَذَا لِأَهْلِ الْمَحَلَّةِ أَنْ يَدْخُلُوا شَيْئًا مِنَ الطُّرُقِ فِي مَحَلَّتِهِمْ ، وَفِي دُورِهِمْ إنْ لَمْ يَضُرَّ .

وَلَهُ بِنَاءُ ظُلَّةٍ فِي هَوَاءِ طَرِيقٍ إنْ لَمْ يَضُرَّ ، لَكِنْ إنْ خُوصِمَ قَبْلَ الْبِنَاءِ مُنِعَ مِنْهُ ، وَبَعْدَهُ هُدِمَ الْمُشْتَرَكُ إذَا انْهَدَمَ فَأَبَى أَحَدُهُمَا الْعِمَارَةَ فَإِنْ احْتَمَلَ الْقِسْمَةَ لَا جَبْرَ وَقُسِّمَ وَإِلَّا بَنَى ثُمَّ أَجَّرَهُ لِيَرْجِعَ .

بَنَى أَحَدُهُمَابِغَيْرِ إذْنِ الْآخَرِ فَطَلَبَ رَفْعَ بِنَاءَهُ قُسِّمَ ، فَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْبَانِي فِيهَا ، وَإِلَّا هُدِمَ .

لَهُ التَّصَرُّفُ فِي مِلْكِهِ وَإِنْ تَأَذَّى جَارُهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَلَهُ أَنْ يَجْعَلَ تَنُّورًا وَحَمَّامًا وَلَا يَضْمَنُ مَا تَلِفَ بِهِتُنْتَقَضُ الْقِسْمَةُ بِظُهُورِ دَيْنٍ أَوْ وَصِيَّةٍ إلَّا ذَا قَضَى الْوَرَثَةُ الدَّيْنَ وَنَفَّذُوا الْوَصِيَّةَ وَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاءِ الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ وَهَذَا إذَا كَانَتْ **بِالتَّرَاضِي** ، أَمَّا بِقَضَاءِ الْقَاضِي لَا تُنْتَقَضُ بِظُهُورِ وَارِثٍ .

وَاخْتَلَفُوا فِي ظُهُورِ الْمُوصَى لَهُ." (١)

"فَإِذَا مَاتَ الْمُوصَى لَهُ عَادَتْ الْمَنْفَعَةُ إلَى الْمَالِكِ ، وَالْوَلَدُ وَالْغَلَّةُ وَالْكَسْبُ لِلْمَالِكِ ، وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ الْإِجَارَةُ وَلَا إخْرَاجُهُ مِنْ بَلَدِ الْمُوصِي إلَّا أَنْ يَكُونَ أَهْلُهُ ، فِي غَيْرِهَا ، وَيَخْرُجُ الْعَبْدُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَلَا يَمْلِكُ اسْتِخْدَامَهُ إلَّا فِي وَطَنِهِ وَعِنْدَ أَهْلِهِ ، وَيَصِحُّ الصُّلْحُ مَعَ الْمُوصَى لَهُ عَلَى شَيْءٍ وَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ ، وَجَازَ بَيْعُ الْوَارِثِ الرَّقَبَةَ مِنَ الْمُوصَى لَهُ ، وَلَوْ جَنَى الْعَبْدُ فَالْفِدَاءُ عَلَى الْمَخْدُومِ فَإِنْ مَاتَ رَجَعَ وَرَثَتُهُ بِالْفِدَاءِ عَلَى صَاحِبِ الرَّقَبَةِ .

فَإِنْ أَبَى بَيْعَ الْعَبْدِ أَوْ أَبَى الْمَخْدُومُ الْفِدَاءَ فَدَاهُ الْمَالِكُ أَوْ يَدْفَعُهُ وَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، وَأَرْشُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ لِلْمَالِكِ كَالْمَوْهُوبِ لَهُ وَكَسْبُهُ إنْ لَمْ تُنْقِصْ الْخِدْمَةُ فَإِنْ نَقَصَتْهَا اُشْتُرِيَ بِالْأَرْشِ خَادِمٌ إنْ بَلَغَ ، وَإِلَّا بِيعَ الْأَوَّلُ وَضُمَّ إلَى الْأَرْشِ وَاشْتُرِيَ بِهِ خَادِمٌ ، وَلَا قِصَاصَ عَلَى قَاتِلِهِ عَمْدًا مَا لَمْ يَجْتَمِعَا عَلَى قَتْلِهِ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا ضَمِنَ الْقَاتِلُ قِيمَتَهُ يَشْتَرِي بِهَا آخَرَ ؛ فَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمَالِكُ نَفَذَ وَضَمِنَ قِيمَتَهُ ، يُشْتَرَى بِهَا خَادِمٌ هَكَذَا فِي وَصَايَا الْمُحِيطِ .

وَأَمَّا نَفَقَتُهُ : فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا لَمْ يَبْلُغْ الْخِدْمَةَ ؛ فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْمَالِكِ وَإِنْ بَلَغَهَا فَعَلَى الْمُوصَى لَهُ ، إلَّا أَنْ يَمْرَضَ مَرَضًا يَمْنَعُهُ مِنْ الْخِدْمَةِ فَهِيَ عَلَى الْمَالِكِ ؛ فَإِنْ تَطَاوَلَ الْمَرَضُ بَاعَهُ الْقَاضِي إنْ رَأَى ذَلِكَ وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ عَبْدًا يَقُومُ مَقَامَهُ كَذَا فِي نَفَقَات الْمُحِيطِ .

وَأَمَّا صَدَقَةُ فِطْرِهِ فَعَلَى الْمَالِكِ كَمَا فِي الظَّهِيرِيَّةِ . وَأَمَّا مَا فِي الزَّيْلَعِيِّ مِنْ أَنَّهُ لَا تَجِبُ صَدَقَةُ فِطْرِهِ فَسَبْقُ قَلَمٍ ، كَمَا فِي فَتْحِ الْقَدِيرِ ، وَيُمْكِنُ حَمْلُهُ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ لَا تَجِبُ عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِخِلَافِ نَفَقَتِهِ .

وَأَمَّا بَيْعُهُ مِنْ غَيْرِ الْمُوصَى لَهُ ، فَلَا يَجُوزُ إلَّا بِرِضَاهُ ، فَإِنْ بِيعَ بِرِضَاهُ لَمْ يَنْتَقِلْ حَقُّهُ إلَى الثَّمَنِ إلَّا **بِالتَّرَاضِي** ، ذَكَرَهُ فِي السِّرَاجِ الْوَهَّاجِ مِنْ الْجِنَايَاتِ ، بِخِلَافِ مَا إذَا قُتِلَ خَطَأً وَأُخِذَتْ قِيمَتُهُ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ وَيَنْتَقِلُ حَقُّهُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدٍ ، كَالْوَقْفِ إذَا اُسْتُبْدِلَ انْتَقَلَ الْوَقْفُ إلَى بَدَلِهِ .

ذَكَرَهُ قَاضِي خَانْ مِنَ الْوَقْفِ ، وَكَالْمُدَبَّرِ إذَا قُتِلَ خَطَأً يُشْتَرَى بِقِيمَتِهِ عَبْدٌ وَيَكُونُ بِهِ مُدَبَّرًا مِنْ غَيْرِ تَدْبِيرٍ .

ذَكَرَهُ الزَّيْلَعِيُّ مِنَ الْجِنَايَاتِ .

وَلَمْ أَرَ حُكْمَ كِتَابَتِهِ مِنَ الْمَالِكِ ؛ وَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ كَإِعْتَاقِهِ لَا تَصِحُّ إلَّا **بِالتَّرَاضِي** ، وَحُكْمِ إعْتَاقِهِ عَنْ الْكَفَّارَةِ ، وَيَنْبَغِي

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٢٨١

أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّهُ عَادِمُ الْمَنْفَعَةِ لِلْمَالِكِ .
وَلَمْ أَرَ حُكْمَ وَطْءِ الْمَالِكِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ لَهُ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِمِلْكِ الرَّقَبَةِ ، وَقَيَّدَهُ الشَّافِعِيَّةُ بِأَنْ تَكُونَ مِمَّنْ لَا تَحِلُّ وَإِلَّا فَلَا .." (١)

"الثَّالِثَةَ عَشْرَةَ : تُمْلَكُ الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ بِالْقَبْضِ ، وَيَسْتَقِرُّ الْمِلْكُ فِي الْهِبَةِ بِوُجُودِ مَانِعٍ مِنْ الرُّجُوعِ مِنْ سَبْعَةٍ مَعْلُومَةٍ فِي الْفِقْهِ وَفِي الصَّدَقَةِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أَصْلِ الْمِلْكِ . الرَّابِعَةَ عَشْرَةَ : تَمَلُّكُ الْعَقَارِ لِلشَّفِيعِ بِالْأَخْذِ **بِالتَّرَاضِي** أَوْ قَضَاءِ الْقَاضِي ، فَقَبْلَهُمَا لَا مِلْكَ لَهُ فَلَا تُورَثُ عَنْهُ لَوْ مَاتَ ، وَتَبْطُلُ إذَا بَاعَ مَا يَشْفَعُ بِهِ .
تَنْبِيهٌ :
قَدْ عَلِمْتُ أَنَّ الْمُوصَى لَهُ وَإِنْ مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ لَا يُؤَجِّرُ ، وَيَنْبَغِي أَنَّ لَهُ الْإِعَارَةَ : وَأَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ فَيُؤَجِّرُ وَيُعِيرُ مَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمَلِ ، وَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ السُّكْنَى لَا يُؤَجِّرُ وَيُعِيرُ ، وَالشَّافِعِيَّةُ جَعَلُوا لِذَلِكَ أَصْلًا وَهُوَ : أَنَّ مَنْ مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ مَلَكَ الْإِجَارَةَ وَالْإِعَارَةَ ، وَمَنْ مَلَكَ الِانْتِفَاعَ مَلَكَ الْإِعَارَةَ لَا الْإِجَارَةَ ، وَيَجْعَلُونَ الْمُسْتَعِيرَ وَالْمُوصَى لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ مَالِكًا لِلِانْتِفَاعِ فَقَطْ ، وَهَذَا يَتَخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ الْكَرْخِيِّ مِنْ أَنَّ الْإِعَارَةَ إبَاحَةُ الْمَنَافِعِ لَا تَمْلِيكُهَا وَالْمَذْهَبُ عِنْدَنَا أَنَّهَا تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ، فَهِيَ كَالْإِجَارَةِ تَمَلُّكُ الْمَنَافِعِ ، وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُ الْمُسْتَعِيرُ الْإِجَارَةَ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ بِغَيْرِ عِوَضٍ فَلَا يَمْلِكُ أَنْ يَمْلِكَهَا بِعِوَضٍ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَ الْإِجَارَةَ لَمَلَكَ أَكْثَرَ مِمَّا مَلَكَ ، فَإِنَّهُ مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ بِلَا عِوَضٍ فَيَمْلِكُهَا نَظِيرَ مِلْكٍ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهَا لَلَزِمَ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ غَيْرُ الْجَائِزَيْنِ : لُزُومُ الْعَارِيَّةِ أَوْ عَدَمُ لُزُومِ الْإِجَارَةِ .
وَهَذَانِ التَّعْلِيلَانِ يَشْمَلَانِ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ وَالْمُسْتَعِيرَ وَهُمَا سَوَاءٌ عَلَى الرَّاجِحِ ، فَيَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ السُّكْنَى الْمَنْفَعَةَ كَالْمُسْتَعِيرِ ، وَقِيلَ : إنَّ مَا أُبِيحَ لَهُ الِانْتِفَاعُ ، وَهُوَ ضَعِيفٌ كَانَ لَهُ الْإِعَارَةُ .
وَتَمَامُهُ فِي فَتْحِ الْقَدِيرِ مِنْ الْوَقْفِ .
وَأَمَّا الْإِجَارَةُ الْمُقْطَعُ مَا أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ ؛ فَأَفْتَى الْعَلَّامَةُ قَاسِمُ بْنُ قُطْلُوبُغَا بِصِحَّتِهَا ، قَالَ : وَلَا أَثَرَ لِجَوَازِ إخْرَاجِ الْإِمَامِ لَهُ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ كَمَا لَا أَثَرَ لِجَوَازِ مَوْتِ الْمُؤَجِّرِ فِي أَثْنَائِهَا ؛ وَلَا لِكَوْنِهِ مَلَكَ مَنْفَعَةً لَا فِي مُقَابَلَةِ مَالٍ ؛ فَهُوَ نَظِيرُ الْمُسْتَأْجِرِ لِأَنَّهُ مَلَكَ مَنْفَعَةَ الْإِقْطَاعِ بِمُقَابَلَةِ اسْتِعْدَادِهِ لِمَا أَعَدَّ لَهُ لَا نَظِيرَ الْمُسْتَعِيرِ لِمَا قُلْنَا ، وَإِذَا مَاتَ الْمُؤَجِّرُ أَوْ أَخْرَجَ الْإِمَامُ الْأَرْضَ عَنْ الْمُقْطَعِ تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ لِانْتِقَالِ الْمِلْكِ إلَى غَيْرِ الْمُؤَاجِرِ .
كَمَا لَوْ انْتَقَلَ الْمِلْكُ فِي النَّظَائِرِ الَّتِي خَرَجَ عَلَيْهَا إجَارَةُ الْإِقْطَاعِ ، وَهِيَ إجَارَةُ الْمُسْتَأْجِرِ ، وَإِجَارَةُ الْعَبْدِ الَّذِي صُولِحَ عَلَى خِدْمَتِهِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ،." (٢)

"وَيَنْبَغِي أَنْ يُعْتَبَرَ يَوْمُ الْقَضَاءِ بِهِ أَوْ **التَّرَاضِي** لِمَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَعُودُ إلَى مِلْكِ الزَّوْجِ النِّصْفَ إلَّا بِأَحَدِهِمَا إذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَهَذِهِ تِسْعَةَ عَشَرَ مَوْضِعًا فَاغْتَنِمْهَا

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٣٥٢

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٣٥٣

الْكَلَامُ فِي أُجْرَةِ الْمِثْلِ

تَجِبُ فِي مَوَاضِعَ ؛ أَحَدُهَا الْإِجَارَةُ فِي صُوَرٍ : مِنْهَا الْفَاسِدَةُ ، وَمِنْهَا : لَوْ قَالَ لَهُ الْمُؤَاجِرُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ إنْ فَرَّغْتَهَا الْيَوْمَ وَإِلَّا فَعَلَيْك كُلُّ شَهْرٍ كَذَا ، وَقِيلَ : يَجِبُ الْمُسَمَّى .

وَمِنْهَا : لَوْ قَالَ مُشْتَرِي الْعَيْنِ لِلْأَجِيرِ اعْمَلْ كَمَا كُنْت وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْأَجْرِ ، بِخِلَافِ مَا إذَا عَلِمَ فَإِنَّهُ يَجِبُ .

وَمِنْهَا : لَوْ عَمِلَ لَهُ شَيْئًا وَلَمْ يَسْتَأْجِرْهُ وَكَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفًا بِتِلْكَ الصَّنْعَةِ وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وَبِهِ يُفْتَى .

وَمِنْهَا : فِي غَصْبِ الْمَنَافِعِ إذَا كَانَ الْمَغْصُوبُ مَالَ يَتِيمٍ أَوْ وَقْفًا أَوْ مُعَدًّا لِلِاسْتِغْلَالِ عَلَى الْمُفْتَى بِهِ .

وَلَيْسَ مِنْهَا لِمَا إذَا خَالَفَ الْمُسْتَأْجِرُ الْمُؤَجِّرَ إلَى شَرْطٍ بِأَنْ حَمَلَ أَكْثَرَ مِنْ الْمَشْرُوطِ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ أَجْرُ مَا زَادَ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ وَالْأَجْرَ لَا يَجْتَمِعَانِ .

وَمِنْهَا : إذَا فَسَدَتْ الْمُسَاقَاةُ وَالْمُزَارَعَةُ كَانَ لِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ .

وَمِنْهَا : إذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ ، فَإِنَّهُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ إلَى أَنْ يَسْتَحْصِدَهُ .

وَمِنْهَا : إذَا فَسَدَتْ الْمُضَارَبَةُ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ إلَّا فِي مَسْأَلَةٍ ذَكَرْنَاهَا فِي الْفَوَائِدِ .

وَمِنْهَا : عَامِلُ الزَّكَاةِ يَسْتَحِقُّ أَجْرَ مِثْلِ عَمَلِهِ بِقَدْرِ مَا يَكْفِيهِ وَيَكْفِي أَعْوَانَهُ

وَفَائِدَتُهُ أَنَّ الْمَأْخُوذَ أَجْرُهُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَعْمَلْ ؛ بِأَنْ حَمَلَ أَرْبَابُ الْأَمْوَالِ أَمْوَالَهُمْ إلَى الْإِمَامِ ، فَلَا أَجْرَ لَهُ .

وَمِنْهَا : النَّاظِرُ عَلَى الْوَقْفِ ، إذَا لَمْ يَشْتَرِطْ لَهُ الْوَاقِفُ ، فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ الْوَقْفُ طَاحُونَةً يَسْتَغِلَّهَا الْمُوقِفُ عَلَيْهِمْ ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ فِيهَا كَمَا فِي الْخَانِيَّةِ .وَهَذَا إذَا عَيَّنَ الْقَاضِي لَهُ أَجْرًا .فَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ لَهُ وَسَعَى فِيهِ سَنَةً فَلَا شَيْءَ لَهُ ، كَذَا فِي الْقُنْيَةِ ثُمَّ ذَكَرَ بَعْدَهُ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَهُ الْقَاضِي ، وَلَا يَجْتَمِعُ لَهُ أَجْرُ النَّظَرِ وَالْعِمَالَةِ لَوْ عَمِلَ مَعَ الْعَمَلَةِ (انْتَهَى) .

وَمِنْهَا : الْوَصِيُّ إذَا نَصَّبَهُ الْقَاضِي وَعَيَّنَ لَهُ أَجْرًا بِقَدْرِ أُجْرَةِ مِثْلِهِ جَازَ .

وَأَمَّا وَصِيُّ الْمَيِّتِ فَلَا أَجْرَ لَهُ عَلَى الصَّحِيحِ كَمَا فِي الْقُنْيَةِ .." (١)

"""""""" صفحة رقم ٢٧ """""""

قال : (ومن جمع بين عبد ومدبر أو عبد الغير جاز في عبده بحصته) والمكاتب وأم الولد كالمدبر لأنها أموال ، ألا ترى أن الغير لو أجاز البيع في عبده جاز ، وكذا لو قضى القاضي بجواز البيع في المدبر وأم الولد ، وكذا لو رضي المكاتب فصار كما إذا باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض فإنه يجوز في الباقي بحصته كذا هذا .

قال : (ويكره البيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى :) وذروا البيع ([الجمعة : ٩] (وكذا بيع الحاضر للبادي) لقوله عليه الصلاة والسلام : ' لا يبيع حاضر لباد ' وهو أن يجلب

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٣٦٥

البادي السلعة فيأخذ الحاضر ليبيعها بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب ، وكراهته لما فيه من الضرر بأهل البلد حتى لو لم يضر لا بأس به لما فيه من نفع البادي من غير تضرر غيره (وكذا السوم على سوم أخيه) قال عليه الصلاة والسلام : ' لا يستام الرجل على سوم أخيه ' وه و أن يرضى المتعاقدان بالبيع ويستقر الثمن بينهما ولم يبق إلا العقد فيزيد عليه ويبطل بيعه ؛ أما لو زاد عليه قبل التراضي يجوز وهو المعتاد بين الناس في جميع البلاد والأعصار ، وقد صح أن النبي (صلى الله عليه وسلم) باع حلسا في بيع من يزيد (وكذا النجش وتلقي الجلب مكروه) والنجش : أن يزيد في السلعة ولا يريد شراءها ليرغب غيره فيها ، وتلقي الجلب : أن يتلقاهم وهم غير عالمين بالسعر ، أو يلبس عليهم السعر ليشتريه ويبيعه في المصر ، فإن لم يلبس عليهم أو كان ذلك لا يضر أهل المصر لا بأس به ، وقد نهى عليه الصلاة و السلام عن تلقي الجلب . وقال عليه الصلاة والسلام : ' لا تناجشوا ' (ويجوز البيع) في هذه المسائل كلها ، لأن النهي ليس في معنى العقد وشرائطه بل لمعنى خارج فيجوز .

قال : (ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن." (١)

""""""""" صفحة رقم ٨٣ """"""""

قال : (وليس لأحدهم الرجوع إذا قسم القاضي أو نائبه) لأنها صدرت عن ولاية تامة فلزمت كالقضاء ، وكذلك ليس له ذلك إذا خرج بعض السهام ، فكما لا يلتفت إلى آبائه قبل القسمة لا يلتفت إلى رجوعه بعدها ، وكذلك إذا حصل التراضي وبينت الحدود ، لأن المؤمنين عند شروطهم . وقيل يصح رجوعه إذا خرج بعض السهام إلا إذا بقي سهم واحد لتعينه للباقي . قال : (فإن كان في نصيب أحدهم مسيل أو طريق لغيره لم يشرط ، فإن أمكن صرفه عنه صرفه) تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك (وإلا فسخت القسمة) لاختلالها ، وتستأنف لأن المقصود تكميل المنفعة ، ولا يتأتى ذلك إلا بالطريق والمسيل .

قال : (وإذا شهدوا عليهم ثم ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا في يد صاحبه لم تقبل إلا ببينة) لأنه مدع ، فإن لم يكن له بينة استحلف شركاؤه ، فمن نكل جمع نصيبه ونصيب المدعي فيقسم بينهما على قدر ن صيبيهما ، لأن النكول حجة ما عرف ، وقيل لا تقبل دعواه للتناقض . قال : (وتقبل شهادة القاسمين على ذلك) وقال محمد : لا تقبل لأنها شهادة على فعلهما . ولهما أنهما شهدا بالاستيفاء وهو فعل الغير وبه تلزم القسمة فتقبل ، أما فعلهما الإفراز وهو غير ملزم ولا حاجة إلى الشهادة عليه . وعن محمد مثل

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٢٧/٢

قولهما . ومنهم من قال : إن كانت القسمة بأجر لا تقبل لأنها دعوى إيفاء عمل استؤجرا
عليه . وجوابه أن أجرتهما وجبت باتفاق الخصوم على إيفاء العمل وهو التمييز فلم تجر
لهما مغنما فلا تهمة (وإن قال قبضته ثم أخذه مني فبينته أو يمين خصمه) كسائر الدعوى
(وإن قال ذلك قبل الإشهاد تحالفا وفسخت القسمة) وكذلك إذا قال : لم يسلم إلي بعض
نصيبي وهو نظير الاختلاف في قدر المبيع ، وسنبين التحالف وأحكامه في كتاب الدعوى
إن شاء الله تعالى .

قال : (وإن استحق بعض نصيب أحدهم رجع في نصيب صاحبه بقسطه) كما في البيع ،
هذا عند أبي حنيفة ؛ وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة ، وهو قول محمد في رواية أبي
سليمان . وروى أبو حفص أنه مع أبي حنيفة . وقيل الخلاف في بعض شائع في نصيب
أحدهما ، أما المعين لا يفسخ بالإجماع ؛ ولو استحق نصيب شائع في الكل انفسخت
بالإجماع ؛ لأبي يوسف أن بالاستحقاق ظهر شريك ثالث ولا قسمة بدون رضاه ؛ والفقه فيه." (١)

"""""""" صفحة رقم ١١٤ """"""

فتارة يلزمه الإقدام على ما أكره عليه ، وتارة يباح له ، وتارة يرخص ، وتارة يحرم على ما
نبينه إن شاء الله تعالى .

قال : (فلو أكره على بيع أو شراء أو إجارة أو إقرار بقتل أو ضرب شديد أو حبس
ففعل ثم زال الإكراه ، فإن شاء أمضاه ، وإن شاء فسخه) لأن الملك يثبت بالعقد لصدوره من
أهله في محله ، إلا أنه فقد شرط الحل وهو **التراضي** فصار كغيره من الشروط المفسدة ،
حتى لو تصرف فيه تصرفا لا يقبل النقض كالعتق ونحوه ينفذ وتلزمه القيمة ، وإن أجازه جاز
لوجود **التراضي** بخلاف البيع الفاسد ، لأن الفساد لحق الشرع يجوز بإجازتهما ، ولا ينقطع
حق الاسترداد ههنا وإن تداولته الأيدي ، بخلاف البيع الفاسد ، لأن الفساد لحق الشرع ، وقد
تعلق بالبيع الثاني حق العبد ، وهنا أيضا الرد حق العبد ، وهما سواء ؛ ولو أكره بضرب
سوط ، أو حبس يوم ، أو قيد يوم لا يكون إكراها ، لأنه لا يبالي به عادة ، إلا إذا كان ذا
منصب يستضر به ، فيكون إكراها في حقه لزوال الرضى . وأما الإقرار فليس بسبب ، لكن
جعل حجة لرجحان جانب الصدق ، وعند الإكراه يترجح جانب الكذب لدفع الضرر .

(وإن قبض العوض طوعا فهو إجازة) لأنه دليل الرضا كالبيع الموقوف (وإن قبضه
مكرها فليس بإجازة ، ويرده إن كان قائما ، فإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره
فعليه قيمته) لأنه بيع فاسد والمقبوض فيه مضمون بالقيمة (وللمكره أن يضمن المكره) لأنه

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٨٣/٢

كالآلة له فكأنه هو الذي دفعه إلى المشتري فصار كغاصب الغاصب ، فإن ضمن المكره رجع على المشتري لأنه صار كالبائع ، وإن ضمن المشتري نفذ كل بيع حصل بعد الإكراه لأنه ملكه بالضمان ، والمضمونات تملك بأداء الضمان مستندا إلى وقت القبض عندنا على ما عرف .

قال : (وإن أكره على طلاق أو عتاق ففعل وقع) لما بينا أنه معتبر بالهزل لأنهما يجريان مجرى واحدا في عدم الرضا ، وقد بينا أن الإكراه لا يسلب القصد ، فقد قصد وقوع الطلاق والعتاق على منكوحته وعبده فيقع (ويرجع على المكره بقيمة العبد والولاء للمعتق) لما بينا أنه آلة له فانضاف إليه فله تضمينه (وفي الطلاق بنصف المهر إن كان قبل الدخول وبما يلزمه من المتعة عند عدم التسمية) لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بأن تجيء الفرقة من قبلها ،." (١)

"""""""" صفحة رقم ٦ """""""

(وإن مرضت في منزله فلها النفقة) وكذلك إذا جاءت إليه مريضة لأن الاحتباس موجود فإنه يستأنس بها وتحفظ متاعه ويستمتع بها لمسا وغيره ، ومنع الوطء لعارض كالحيض والنفاس ، والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضا يمنع الجماع كالصغيرة . وعن أبي يوسف إن مرضت عنده لها النفقة لأنه صح التسليم ، ولو سلمت إليه مريضة لا نفقة لها لأن التسليم ما صح ، وقوله مرضت في منزله إشارة إليه وإذا طالبته بالنفقة قبل أن يحولها إلى منزله وهي بالغة فلها النفقة إذا لم يطالبها بالنقلة ، لأن النقلة حقه والنفقة حقها ، فلا يسقط حقها بتركه حقه ، فإن طالبها بالنقلة فامتنعت فلا نفقة لها إلا أن يكون بحق على ما بينا .

قال : (وللأمة والمدبرة وأم الولد النفقة إن بوأها مولاها بيت الزوج) لوجود الاحتباس (وإلا فلا) لعدمه (فإن بوأها ثم استخدمها سقطت) النفقة لفوات الاحتباس .

قال : (ومن أعسر بالنفقة لم يفرق بينهما وتؤمر بالاستدانة) لتحيل عليه لأن في التفريق إبطال حقه وفي الاستدانة تأخير حقها والإبطال أضر فكان دفعه أولى ، فإذا فرض لها القاضي وأمرها بالاستدانة صارت دينا عليه فيتمكن من الإحالة عليه والرجوع في تركته لو مات ، ولو استدانت بغير أمر القاضي تكون المطالبة عليها ولا يمكنها الإحالة عليه ولا ترجع في تركته لأنها لا ولاية لها عليه ، فلهذا قال : تؤمر بالاستدانة عليه ، ومعنى الاستدانة أن تشتري بالدين . قال : (وإذا قضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر تمم لها نفقة الموسر) لأنها تختلف باختلاف الأحوال ، وما فرض تقدير لنفقة لم تجب بعد ، فإذا تبدلت حاله لها المطالبة بقدرها ، وكذلك لو قضى بنفقة اليسار ثم أعسر فرض لها نفقة

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ١١٤/٢

المعسر لما بينا .

قال : (وإذا مضت مدة لم ينفق عليها سقطت إلا أن يكون قضي بها أو صالحته على مقدارها) فيقضي لها بنفقة ما م ضى لأن النفقة لم تجب عوضا عن البضع ، لأن المهر وجب عوضا عنه ، والعقد الواحد لا يوجب عوضين عن شيء واحد ولا عوضا عن الاستمتاع ، لأن الاستمتاع تصرف في ملكه ، والإنسان لا يجب عليه شيء بالتصرف في ملكه ، فبقي وجوبه جزاء عن الاحتباس صلة ورزقا لا عوضا ، لأن الله تعالى سماه رزقا بقوله :) وعلى المولود له رزقهن ([البقرة : ٢٣٣] والرزق اسم لما يذكر صلة ، والصلاة لا تملك إلا بالتسليم حقيقة أو بقضاء القاضي كما في الهبة أو بالتزامه بالتراضي ، لأنه لما لزمه بقضاء القاضي فلأن يلزمه بالتزامه كان أولى ، لأن ولايته على نفسه أقوى . قال : (فإن مات." (١)

"""""""" صفحة رقم ٤٤ """""""

والإبراء عنه موجب للعتق كما لو أبرأه المولى إلا أن إعتاق البعض لا يوجب إسقاط نصيب من البدل ، لأنه لا يمكن جعله إبراء مقتضي للعتق ولا عتق ، فإنه لو أعتقه البعض لا يعتق ، ولا يمكن أن يجعله إبراء عن الكل لتعلق حق الغير به . قال : (وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم ، فإن كان له مال يرجو وصوله أنظره يومين أو ثلاثة ولا يزاد عليها) لأن في ذلك نظرا للجانبين ، والثلاث مدة تضرب لإبلاء الأعذار كما في إمهال المديون للقضاء ونحوه .

(وإن لم يكن له جهة عجزه وعاد إلى أحكام الرق) وقال أبو يوسف : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان وهو مأثور عن علي رضي الله عنه . ولهما أن العجز سبب للفسخ وقد تحقق ، فإن من عجز عن نجم كان عن نجمين أعجز ، ولأنه فات مقصود المولى وهو وصول المال إليه عند حلول النجم فلم يكن راضيا فيفسخ ، واليومان والثلاثة لا بد منهما لإمكان الأداء وليس بتأخير ، والأثر معارض بما روي ' أن ابن عمر رضي الله عنهما عجز مكاتبة له حين عجزت عن نجم واحد وردها إلى الرق فتعارضا ' فإن عجز عن نجم عند غير القاضي فرده مولاه برضاه جاز ، لأن الفسخ بالتراضي يجوز من غير عذر فبعذر أولى ، وإن أبى العبد ذلك فلا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم فلا بد في فسخه من القاضي أو الرضى كسائر العقود ، وإذا فسخه عاد إلى أحكام الرق ، لأن بالفسخ تصير الكتابة كأن لم تكن ، وما في يده من أكسابه لمولاه لأنها كسب عبده ، والله أعلم .." (٢)

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٦/٤

(٢) الاختيار لتعليل المختار، ٤٤/٤

"""""""" صفحة رقم ١٤٥ """""""

الأرض كخراج الرأس لأنه إذا أداه فقد التزم المقام في دارنا ولا يصير ذميا بمجرد الشراء لاحتمال الشراء للتجارة ؛ ولو أجرها من مسلم وأخذ الإمام الخراج من المستأجر ورأى ذلك على الزارع لم يصر ذميا ، لأن الإمام لم يوجب عليه الخراج فلم يصر ذميا بملك الأرض ، ويصير ذميا حين وجب عليه الخراج ، فتؤخذ منه الجزية بعد سنة من يوم وجب عليه الخراج لأنه حينئذ صار ذميا قال : (وإذا تزوجت الحربية بذمي صارت ذمية . ولو تزوج حربي بذمية لا يصير ذميا) لأنها التزمت المقام معه ولم يلتزم هو لأنه يطلقها ويعود .

قال : (والجزية ضربان : ما يوضع بالتراضي فلا يتعدى عنها) لأنها وجبت بالرضى ، فلا يجب غير ما رضي به ، ولأن فيه ترك الوفاء بالعقد ، وقد صالح عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على ألف ومائتي حلة وكانت جزية بالصلح (وجزية يضعها الإمام إذا غلب الكفار وأقرهم ع لى ملكهم ، فيضع على الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير اثني عشر درهما ، وتجب في أول الحول ، وتؤخذ في كل شهر بقسطه) هكذا روي عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم من غير نكير من غيرهم فكان إجماعا ، وما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ : ' خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر ' فهو محمول على الصلح ، ألا ترى أنه قال وحالمة ، ولا جزية على النساء إلا في المصالحة كما صالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على ما قررناه في الزكاة .

واختلفوا في حد الغني والمتوسط والفقير ، والمختار أن ينظر في كل بلد إلى حال أهله وما يعتبرونه في ذلك ، فإن عادة البلاد في ذلك مختلفة ، وإنما قلنا إنها تجب في أول الحول لأنها وجبت لإسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ، ولأن المعوض قد سلم لهم فوجب أن يستحق العوض علي ه م كالثمن وقسطناها على الأشهر تخفيفا وليمكنه الأداء .." (١)

"فيما إذا باعه وعين قدرا فوجده أزيد والأصل أن ما يوجب فوات بعضه نقصانا في البقية فهو كالوصف كما علم في البيوع وصرح به في البدائع هنا

وقيد بالقدر لأنه لو اختلفا في جنس المهر أو نوعه أو صفته فإنه لا يخلو إما أن يكون المسمى دينا أو عينا فإن كان دينا فإن كان في الجنس كما إذا قال تزوجتك على عبد فقالت على جارية أو قال على كر شعير فقالت على كر

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ١٤٥/٤

حنطة أو على ثياب هروية أو قال على ألف درهم وقالت على مائة دينار أو كان في النوع كالتركي مع الرومي والدنانير المصرية مع الصورية أو كان في الصفة من الجودة والرداء (((والرداءة))) فإن الاختلاف فيه كالاختلاف في العينين إلا الدراهم والدنانير فإن الاختلاف فيها كالاختلاف في الألف والألفين لأن كل واحد من الجنسين والنوعين والموصوفين لا يملك إلا **التراضي** بخلاف الدراهم والدنانير فإنهما وإن كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل جعلا كجنس واحد

وإن كان المسمى عينا بأن قال تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذه الجارية فهو كالاختلاف في الألف والألفين إلا في فصل واحد وهو ما إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها لأن تمليك الجارية لا يكون إلا **بالتراضي** ولم يتفقا على تمليكها فلم يوجد الرضا من صاحب الجارية بتمليكها فتعذر التسليم فيقضي بقيمتها بخلاف ما إذا اختلفا في الدراهم والدنانير فإنه نظير الاختلاف في الألف والألفين على معنى أن مهر مثلها إن كان مثل مائة دينار أو أكثر فلها المائة دينار

كذا في البدائع أيضا

وذكر في المحيط الاختلاف في الجنس أو النوع أو الصفة إن كان المسمى عينا فالقول قول الزوج وإن كان دينا فهو كالاختلاف في الأصل اه

يعني يجب مهر المثل ولا يخفى ما فيه من المخالفة لما في البدائع وفي الظهيرية ولو اختلفا في الوصف والقدر جميعا فالقول للزوج في الوصف والقول للمرأة في القدر إلى تمام مهر مثلها

وفي المحيط وغيره لو تصادقا على مهر عين كالعبد ثم هلك عند الزوج فاختلفا في القيمة فالقول قول من عليه الدين وهو الزوج

وفي الخانية لو قالت المرأة تزوجتني (((تزوجني))) على عبدك هذا وقال الرجل تزوجتك على أمتي هذه وهي أم المرأة وأقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأن بينتها قامت على حق نفسها وبينة الزوج قامت على حق الغير وتعتق الأمة على الزوج بإقراره اه

وفي الظهيرية رجل وامرأة في أيديهما دار فأقامت المرأة البينة أن الدار لها والرجل عبدها وأقام الرجل البينة أن الدار له والمرأة زوجته ولم تقم بينة أنه حر فالبينة بينة المرأة والدار والعبد لها ولا نكاح بينهما ولو أقامها أنه حر الأصل والمسألة بحالها يقضي بأنه حر والمرأة زوجته والدار للمرأة لأنها خارجة وهذه المسألة تناسب الدعوى إلى أن قال لو أقام رجل بينة على امرأة أنه تزوجها على ألف درهم وأقامت بينة أنه تزوجها على مائة دينار وأقام أبوها وهو عبد الزوج أنه تزوجها على رقبته وأقامت أمها وهي أمة الزوج أنه تزوجها على رقبتها فالبينة بينة الأب والأم والنكاح جائز على نصف رقبتهما لأن بينتهما توجب المهر والحرية فكانت بينتهما أكثر إثباتا فكانت أولى فإن كان القاضي قضى للمرأة بمائة دينار ثم ادعى الأب والمسألة بحالها فالقاضي يقضي بأن الأب صداقها ويعتق من مالها ويبطل القضاء ال أ ول ولو

قضى بعتق الأب من مال ابنته ثم أقامت أمها بينة أنه تزوجها على رقبتها لا تقبل لأن في قول (((قبول))) بينتها إبطال عتق الأب اه

وهو ملحق بالأصل إلا المسألة الأولى

قوله (والمتعة لو طلقها قبل الوطء) أي حكمت المتعة فإن شهدت لأحدهما فالقول قوله مع يمينه وإن كانت بين نصف ما يدعيه ونصف ما تدعيه المرأة حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح

وعند أبي يوسف القول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتي بشيء مستنكر كما قدمناه وهذا على رواية الجامع الكبير وهو

". (١)

"الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ

والرضاع وإن قل يحصل به نشو بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة إلى الصغير

وفسر القليل في الينابيع بما يعلم أنه وصل إلى الجوف وقيد بالثلاثين لأن الرضاع بعدها لا يوجب التحريم وأفاد بإطلاقه أنها ثابتة بعد الفطام والاستغناء بالطعام وهو ظاهر الرواية كما في الخانية وعليه الفتوى كما في الولوالجية

وفي فتح القدير معزيا إلى واقعات الناطفي الفتوى على ظاهر الرواية فما ذكره الشارح من أن الفتوى على رواية الحسن من عدم ثبوتها بعده فخلاف المعتمد لما علم من أن الفتوى إذا اختلف (((اختلفت))) كان الترجيح لظاهر الرواية

وأشار بجعل المدة ظرفا للمحرمة أنها ليست مدة استحقاق الأجر على الأب بل اتفقوا أنه لا تجب أجرة الإرضاع بعد الحولين وكذا لا يجب عليها الإرضاع ديانة بعدهما كما في المجتبى وهما محمل ذكر الحولين في التنزيل

وفي فتح القدير الأصح قولهما من الاقتصار على الحولين في حق التحريم أيضا وبه أخذ الطحاوي

ومراده بالنظر إلى الدليل بحسب ظنه وإلا فالمذهب للإمام الأعظم وإن لم يظهر دليله لوجوب العمل على المقلد بقول المجتهد من غير نظر في الدليل كما أشار إليه في أول الخانية ولكن قال في آخر الحاوي القدسي فإن خالفاه قال بعضهم يؤخذ بقوله وقال بعضهم يؤخذ بقولهما وقيل يخير المفتي والأصح أن العبرة لقوة الدليل ا هـ

ولا يخفى قوة دليلهما فإن قوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾ البقرة ٢٣٣ يدل على أنه لا رضاع بعد التمام وأما قوله تعالى ﴿ فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما ﴾ البقرة ٢٣٣ فإنما هو قبل الحولين بدليل تقييده بالتراضي والتشاور وبعدهما (((وبعدها))) لا يحتاج إليهما وبه يضعف ما في معراج الدراية معزيا إلى المبسوط والمحيط من أنه بعد الحولين فيكون دليلا له لما علمت من ضياع القيدين حينئذ وأما استدلال صاحب الهداية للإمام بقوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ الأحقاف ١٥

---

(١) البحر الرائق، ٣/١٩٥

بناء على أن المدة لكل منهما وقد قام المنقص في الحمل فبقى الفصال على حاله فقد رجع إلى الحق في باب ثبوت النسب من الثلاثين لهما للحمل ستة أشهر والعامان للفصال

واختلفوا في إباحته بعد المدة واقتصر الشارح على المنع وهو الصحيح كما في شرح المنظومة وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي

قال في فتح القدير وأهل الطب يثبتون للبن البنت أي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين

واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد ولا يخفى أن حقيقة العلم متعذر فالمراد إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع ا هـ

ولا يخفى أن التداوي بالمحرم لا يجوز في ظاهر المذهب أصله بول ما يؤكل لحمه فإنه لا يشرب أصلا

وفي الجوهرة وللأب إجبار أمته على فطام ولدها منه قبل الحولين إذا لم يضره الفطام كما له أن يجبرها على الإرضاع وليس له أن يأمر زوجته الحرة على الفطام قبلهما لأن لها حق التربية إلى تمام مدة الإرضاع إلا أن تختار هي ذلك كما أنه ليس له إجبارها على الإرضاع ا هـ

وفي البزازية والرضاع في دار الإسلام ودار الحرب سواء حتى إذا رضع (((أرضع))) في دار الحرب أسلموا (((وأسلموا))) وخرجوا إلى دارنا ثبتت أحكام الرضاع فيما بينهم ا هـ

قوله (إلا أم أخته وأخت ابنه) يعني فإنهما يحلان من الرضاع دون النسب

أطلق المضاف والمضاف إليه ففي أم أخته ثلاث صور الأولى الأم رضاعا والأخت نسبا بأن أرضعت أجنبية أخته نسبا ولم ترضعه

الثانية عكسه أن يكون لأخته رضاعا أم من النسب

الثالثة أن يكونا رضاعا بأن أرضعت امرأة صبيا وصبية ولهذه الصبية أم أخرى من الرضاع لم ترضع الصبي

وفي أخت ابنه ثلاث أيضا فالأولى أن تكون الأخت رضاعا فقط بأن كان له ابن من النسب ولهذا الابن أخت من الرضاعة ارتضعا على غير امرأة أبيه

والثانية أن يكون الابن رضاعا فقط وله أخت من النسب

". (١)

"من الشهور

وكذا لو قالت أبرأتك عن نفقة سنة لم يبدأ (((يبرأ))) إلا من نفقة شهر واحد لأن القاضي لما فرض نفقة كل شهر فإنما فرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لا تصير نفقة الشهر الثاني واجبا

---

(١) البحر الرائق، ٢٣٩/٣

ولو قالت بعدما مكثت أشهرا أبرأتك من نفقة ما مضى وما يستقبل يبرأ من نفقة ما مضى ويبرأ من نفقة ما يستقبل بقدر نفقة شهر ولا يبرأ زيادة على ذلك وهو نظير من أجر عبده من رجل كل شهر بعشرة دراهم ثم أبرأه من أجرة الغلام أبدا لا يبرأ إلا من أجرة شهر اه

وأشار المصنف إلى أن الكفالة بالنفقة قبل الفرض أو **التراضي** على معين لا تصح وبعد أحدهما تصح كما في الذخيرة ولو أن المرأة قالت للقاضي إن زوجي يريد أن يغيب وأرادت أن تأخذ منه كفيلا بالنفقة فإنه ليس لها ذلك لأنه النفقة لم تجب

وقال أبو يوسف استحسن ذلك وآخذ منه كفيلا بالنفقة شهرا

وعليه الفتوى لأن النفقة إن لم تجب للحال تجب بعده فتصير كأنه كفل بما ذاب لها على الزوج فيجبر استحسانا رفقا بالناس كذا في الواقعات

زاد في الذخيرة أنه لا فرق في هذا الحكم بين أن تكون النفقة مفروضة أو لا

وفي الذخيرة أيضا ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء أو من وقت الصلح فالقول قوله الزوج والبينة بينة المرأة لأنها تدعي زيادة دين والزوج ينكر فالقول قله مع يمينه وإذا ادعى الزوج الإنفاق وأنكرت المرأة فالقول قولها مع اليمين كما في سائر الديون اه

وفي الظهيرية امرأة أقامت على رجل بينة بالنكاح فلا نفقة لها في مدة المسألة عن الشهود ولو أراد القاضي أن يفرض لها النفقة لما رأى من المصلحة ينبغي أن يقول لها إن كنت امرأته فقد فرضت ذلك عليه في كل شهر كذا وكذا ويشهد على ذلك فإذا مضى شهر وقد استدانت وعدلت البينة آخذته بنفقتها منذ فرض لها اه

وهو يدل على ما قلنا من أن الفرض من القاضي يصيرها دينا فلا تسقط بالمضي وإن فرض القاضي النفقة قضاء لا يقال إنه ليس بقضاء لعدم الدعوى لأنا نقول طلبها التقدير دعوى ومسألة الإبراء تدل على أن الفرض في الشهر الأول تنجز وفيما بعده مضاف فتنجز بدخول الشهر وهكذا فلا يصح الرجوع عنه لما في الخانية من الصلح ولو صالحت المرأة زوجها عن نفقة كل شهر على دراهم ثم قال الزوج لا أطيق ذلك فهو لازم لا يلتفت اليه إلا إذا تغير سعر الطعام ويعلم أن ما دون ذلك يكفيها اه

فإذا كان هذا في الصلح ففي فرض القاضي أولى لأن له ولاية عامة فإذا قرر القاضي لها نفقة كل يوم أو كل شهر أو كل سنة لزم التقرير ما دامت في عصمته حيث لم يوجد مسقط وكان بقدر حالهما

وفي خزانة المفتين وإذا أراد القاضي أن يفرض النفقة يقول فرضت عليك نفة (((نفقة))) امرأتك كذا وكذا في مدة كذا وكذا أو يقول قضيت عليك بالنفقة لمدة كذا يصح وتجب على الزوج حتى لا تسقط بمضي المدة لأن نفقة زمان مستقبل تصير واجبة بقضاء القاضي حتى لو أبرأت بعد الفرض صح اه

وهو دليل على ما قلنا من أن فرضها قضاء وأنه إذا فرضها ثم مضت مدة لم تسقط

وقد نقل في فتح القدير أنه لا نفقة لها فيما إذا ادعى الزوج النكاح وهي تجحد أو عكسه واستشكله بأن فيه إضرارا بها وهو سهو لأنه إذا كان منكرا إنما نفوا النفقة في مدة المسألة عن الشهود لا مطلقا مع أن القاضي إذا فرض لها جاز وأما بعد قضاء القاضي بالنكاح بالبينة فلا شك في وجوبها

وقد علم من عطف المصنف الرضا على القضاء أن فرض القاضي بطريق الجبر وقدمنا أنه إذا فرض عليه أكثر من حاله فإن له أن يمتنع عن الزيادة وكذا إذا اصطلحا على أزيد من نفقة المثل لما في الظهيرية وإذا صالح الرجل امرأته عن نفقة كل شهر على مائة درهم والزوج

". (١)

"محتاج لم يلزمه إلا نفقة مثلها وإذا صالحها على دانق كل شهر جاز ولها أن تنقض إن لم يكفها اه

وفي الذخيرة وإذا صالحت المرأة زوجها من نفقتها على ثلاثة دراهم كل شهر فهو جائز وكان ذلك تقديرا لنفقتها

والأصل أن الصلح بينهما متى حصل بشيء يجوز للقاضي أن يفرضه في نفقتها بحال فالصلح بينهما تقدير للنفقة ولا تعتبر معاوضة سواء كان هذا الصلح قبل فرض القاضي أو **التراضي** على شيء أو كان بعد أحدهما

وإذا وقع الصلح على شيء لا يجوز للقاضي أن يفرضه على الزوج في نفقتها بحال كالثوب والعبد ينظران كان الصلح بينهما قبل قضاء القاضي لها بالنفقة وقبل تراضيهما على شيء لكل شهر يعتبر الصلح منهما تقديرا وبعد أحدهما يعتبر معاوضة

وفائدة اعتبار التقدير أن تجوز الزيادة عليه والنقصان عنه وفائدة اعتبار المعاوضة أن لا تجوز الزيادة على ذلك ولا النقصان فإذا صالحها على دراهم كل شهر ثم قالت لا تكفيني زيدت ولو قال الرجل لا أطيقه فإنه لا يصدق في ذلك فإنه التزمه باختياره وذلك دليل على كونه قادرا على أداء ما التزم فيلزمه جميع ذلك إلا أن يتعرف القاضي عن حاله بالسؤال من الناس فإذا أخبروه أنه لا يطيق ذلك نقص عنه وأوجب على قدر طاقته فإن لم يمض شيء من الشهر حتى صالحها من هذه الدراهم عن شيء إن كان شيئا يجوز للقاضي أن يفرضه كما إذا صالح عن الدراهم على ثلاث مخاتيم دقيق بعينه أو بغير عينه فهو تقدير للنفقة وإن كان ثوبا أو نحوه فهو معاوضة ولا يشبه هذا الديون كما إذا كان لرجل على آخر ثلاثة دراهم فصالحه من الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينه فإن الصلح لا يجوز لأن الصلح فيه معاوضة لوجوب الدين قبل الصلح فـكـان بيع دين بدين فلا يجوز إلا أن يدفع الدقيق في المجلس وأما هنا فقبل مضي الشهر فالنفقة لا تصير دينا فلم يكن معاوضة وإنما هو تقدير للنفقة حتى لو مضى الشهر وصارت الدراهم دينا ثم صالحها على دقيق بغير عينه لا يجوز أيضا لما قلنا اه

---

(١) البحر الرائق، ٤/٢٠٤

وقد علم منه أن رضاهما وصلحهما على شيء صالح للنفقة بعد فرض القاضي النفقة مبطل لتقدير القاضي حتى لا يلزمه إلا ما تراضيا عليه بعد فرض القاضي فيستفاد منه أنهما لو اتفقا على أن تأكل معه تموينا بعد فرض النفقة أو الاتفاق على قدر معين فإنه يبطل التقدير السابق لرضاها بذلك وهي كثيرة الوقوع في زماننا

وفي الذخيرة أيضا ولو صالحها من نفقة سنة على ثوب جاز فإن استحق الثوب فإن وقع الصلح عليه بعد الفرض أو الرضا فإنها ترجع بما فرض لها أو تراضيا عليه لأن أخذها الثوب شراء وقد انفسخ بالاستحقاق فعاد دينها وإن كان قبل القرض (((الفرض))) **والتراضي** رجعت بقيمة الثوب ولو صلحها (((صالحها))) على وصيف (((وصف))) وسط ولم يجعل له أجلا أو أجله فإن كان قبل الفرض أو **التراضي** جاز وإن كان بعد أحدهما لا يجوز

وصلح المكاتبة على نفقتها جائز كالصلح عن مهرها لأنه حقها وكذلك العبد المحجور إذا صالح عن نفقة امرأته وقد تزوج بإذن المولى وكذا صلح المكاتب عن نفقة امرأته كل شهر جائز بالأولى اه

قوله (وبموت أحدهما تسقط المقضية) أي بموت أحد الزوجين تسقط النفقة المقضى بها لأن النفقة صلة والصلاة (((والصلات))) تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية وضمان العتق

أطلقه فشمل ما إذا استدانت أولا فإن كانت استدانت (((استدانة))) بغير إذن القاضي فإنها تسقط بموت أحدهما كما لو أنفقت من مال نفسها وإن كانت الاستدانة بأمر القاضي جزم في الظهيرية بعدم السقوط وصححه في الذخيرة ونسبه إلى الكافي للحاكم الشهيد لأن للقاضي ولاية عامة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو استدان الزوج بنفسه لا يسقط ذلك الدين للقاضي ولاية عامة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو استدان الزوج بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت أحدهما كذا هذا اه

قيد بالموت لأن سقوط النفقة المقضي بها بالطلاق مختلف فيه فجزم في النقاية بسقوطها به كالموت مسويا بينهما وكذا في الجوهرة وذكر في الخانية

---

(١) ".

"زاد الطلاق من عنده وليس له أصل في المذهب فالذي يتعين المصير إليه على كل مفت وقاض اعتماد عدم السقوط خصوصا ما تضمنه القول بالسقوط من الإضرار بالنساء حتى استفتيت وقت تأليف هذا المحل عن امرأة لها كسوة مفروضة تجمد لها عشر سنين ولم يدفع لها الزوج ثم إنها رفعته إلى قاض وحكم عليه بالدفع فاستمهلها يوما ثم ذهب إلى قاض رومي وخلعها عنده بغير علمها فحكم له القاضي الحنفي بسقوط الكسوة الماضية ولا يخفى ما في ذلك من الضرر

فإن قلت لم لم تعتمد على تصحيح الزيلعي بقوله وكذا لا تسقط بالطلاق في الصحيح لما ذكرنا قلت لأن كلامه في النفقة المستدانة بأمر القاضي وكلامنا في المفروضة فقط

---

(١) البحر الرائق، ٤/٢٠٥

قوله (ولا ترد المعجلة) أي لا ترد النفقة المعجلة بموت أحدهما ونحوه بأن عجل لها نفقة شهر بعد فرض القاضي أو **التراضي** ثم مات أحدهما

أطلقه فشمل ما إذا كانت قائمة أو هالكة فإن كانت هالكة فلا ترد شيئا اتفاقا وإن كانت قائمة أو مستهلكة فكذلك عندهما

وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي فهو للزوج وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فبطل العوض بقدره كرزق القاضي ورزق المقاتلة

ولهما أنها صلة وقد اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة وفتح القدير والفتوى على قولهما وجعله الولوالجي وأصحاب الفتاوى قول أبي يوسف قالوا والفتوى عليه

وشمل ما إذا كان المعجل الزوج أو أباه لما في الولوالجية وغيرها أبو الزوج إذا دفع نفقة امرأة ابنه مائة ثم طلقها الزوج ليس للأب أن يسترد ما دفع لأنه لو أعطاها الزوج والمسألة بحالها لم يكن له ذلك عند أبي يوسف وعليه الفتوى فكذا إذا أعطاها أبو الزوج اه

وشمل

". (١)

"لا قيمة لها وعليه الفتوى فلا ضمان على من كسرها وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها

والدف بالضم والفتح الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع كذا في المغرب

والبربط بفتح الباءين الموحدتين وهو العود كذا في الترغيب والترهيب

أطلقه فشمل الدف والطبل للغزاة وفيه اختلاف المشايخ والأصح عدم القطع لأن صلاحيته للهو صارت شبهة كذا في غاية البيان قوله (وبخيانة ونهب واختلاس) لانتفاء ركن السرقة وهي الأخذ خفية والخيانة (((الخيانة))) هي الأخذ مما في يده على وجه الأمانة والنهب هو الأخذ على وجه العلانية والقهر في بلد أو قرية والاختلاس الاختطاف وهو أن يأخذ الشيء بسرعة والاسم الخلسة

وفي السنن والجامع للترمذي مرفوعا ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع (١) وأما ما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي بقطعها فأجاب عنه الجماهير بأن القطع كان لسرقة صدرت منها وتمامه في فتح القدير قوله (ونبش) أي لا قطع على النابش وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن وهذا عند أبي حنيفة ومحمد

وقال أبو يوسف عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولأنه مال متقوم محرزثله (((محرز))) فيقطع

---

(١) البحر الرائق، ٤/٢٠٧

ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ولأن الشبهة تمكنت في الملك لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لأن الجناية في نفسها نادرة لوجود (((الوجود))) وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة لمن اعتاده فيقطعه الإمام سياسة لا حدا

أطلقه فشمل ما إذا كان القبر في بيت مقفل على الصحيح وما إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا وما إذا سرق من القبر ثوبا غير الكفن لعدم الحرز

وأشار إلى أنه لو سرق من البيت الذي فيه قبر الميت مالا آخر غير الكفن أنه لا يقطع لتأوله بالدخول إلى زيارة القبر وكذا لو سرق من بيت فيه الميت لتأوله بتجهيزه وهو أظهر من الكل لوجود الإذن بالدخول فيه عادة

قوله (ومال عامة أو مشترك) لأن له فيه شركة حقيقة (((حقيقية))) في الثاني أو شبهة شركة في الأول وهو مال بيت المال فإنه مال المسلمين وهو منهم وإذا احتاج ثبت الحق له فيه بقدر حاجته فأورث شبهة والحدود تدرأ بها

وأما مال الوقف فلم أر من صرح به ولا يخفي أنه لا يقطع به لعدم المالك كما صرحوا أنه لو سرق حصر المسجد ونحوها من حرز فإنه لا يقطع معللين بعدم المالك قوله (ومثل دينه) لأنه استيفاء لحقه

أطلقه فشمل ما إذا كان الدين مؤجلا وهو استحسان لأن التأجيل لتأخير المطالبة

والمراد بالمماثلة المثل من حيث الجنس بأن كان من النقود سواء كان من جنسه حقيقة كأن يكون دينه دراهم فسرق دراهم أو من جنسه حكما كأن سرق دنانير في الصحيح ولهذا كان للقاضي أن يقضي بها دينه من غير رضا المطلوب ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة فخرج ما إذا سرق عروضا ومنها الحلي فإنه يقطع لأنه ليس باستيفاء وإنما هو استبدال فلا يتم إلا بالتراضي ولم يوجد

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه

قلنا هذا قول لا يستند إلى

---

(١) ".

"لأن المنع منه لثبوت حق البائع في حق الاسترداد وببيع المشتري انقطع حقه ذلك لأنه باع بيعا صحيحا (((صحيا))) فلم يثبت له حق الاسترداد وهناك الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالأول فيه

وفي الولوالجية مسلم تزوج امرأة في دار الحرب وكانت كافرة فأعطى للأب صداقها فأضمر في قلبه أنه يبيعها فخرج بها إلى دار الإسلام فأراد بيعها فالبيع باطل وهي حرة يريد به إذا خرجت معه طوعا لأن أهل الحرب إنما يملكون له اه

---

(١) البحر الرائق، ٥/٦٠

وفي فتح القدير واعلم أنهم أخذوا في تصويرها ما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه لأنه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته (((زوجته))) حيث شاء إذا أوفاها معجل مهرها ينبغي أن لا يملكها اه

وقيد بالإخراج لأنها إذا غصب شيء في دار الحرب وجب عليه التوبة وهي لا تحصل إلا بالرد عليهم فأشبه المشتري شراء فاسدا كذا في المحيط قوله (فإن أدانه حربي أو أدان حربيا أو غصب أحدهما صاحبه وخرج إلينا لم يقض بشيء) أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بينا

قيد بالقضاء لأن المسلم يفتى برد المغصوب وإن كان لا يحكم عليه به لأنه غدر كذا ذكره الشارح وسكت عن الإفتاء بقضاء الدين

وفي فتح القدير يفتى بأنه يجب عليه قضاء الدين فما بينه وبين الله تعالى

وذكر الشارحون أن الإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين والظاهر عدم تخصيصه بالبيع وأنه لا يشمل القرض لما في القاموس أدان واستدان وتدين أخذ دينا والدين ماله أجل ومالا أجل له فقرض وأدان اشترى بالدين أو باع بالدين ضد اه

مع أنه في الحكم هنا لا فرق بينهما لأن أحدهما لو أقرض الآخر في دار الحرب شيء ثم خرجا لم يقض بشيء قوله (وكذلك لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا) أي الإدانة والغصب ثم دخلا دارنا بأمان لم يقض بشيء لما بيناه

وفي المحيط خرج حربي مع مسلم إلى العسكر وادعى المسلم أنه أسير وقال كنت مستأمنا فالقول للحربي إلا إذا قامت قرينة ككونه مكتوفا أو مغلولا أو كان مع عدد من المسلمين

قوله (وإن خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما لا بالغصب) أي أسلم الحربيان في دار الحرب ثم خرجا مسلمين بعد الإدانة أو الغصب لأن المداينة وقعت صحيحة لوقوعها **بالتراضي** والولاية ثابتة (((ثانية))) حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بيناه أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد وقد قدمنا أن المسلم إذا دخل دارهم (((دراهم))) بأمان فأدانه حربي أو غصب منهم شيئا يفتى بالرد وإن لم يقض عليه قوله (مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطأ) أي تجب الدية في مال القاتل لا على العاقلة سواء كان القتل عمدا أو خطأ أما الكفارة فلإطلاق الكتاب به والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان

وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكنه استيفاؤه إلا بمنعة ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على

الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها قوله (ولا شيء في الأسيرين سوى الكفارة في الخطأ كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة) وهذا عند أبي حنيفة

وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا

ولأبي حنيفة أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم

". (١)

"كان مصرفا له أن يقبل

ولو ترك السلطان لإنسان خراج أرضه جاز عند أبي يوسف

وقال محمد لا يجوز والفتوى على قول أبي يوسف إن كان صاحب الأرض مصرفا له ولو ترك له عشر أرضه لا يجوز بالإجماع ويخرجه بنفسه ويعطيه للفقراء والله أعلم

فصل في الجزية (الجزية لو وضعت بتراض لا يعدل عنها) لأن الموجب هو **التراضي** فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه **التراضي** وقد صالح عليه السلام بني نجران على ألف ومائتي حلة

والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع جزى كلحية ولحى لأنها تجزئ عن القتل أي تقضي وتكفي فإذا قبلها سقط عنه القتل قوله (وإلا توضع على الفقير في كل سنة اثنا عشر درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه) أي إن لم توضع **بالتراضي** وإنما وضعت قهرا بأن غلب الإمام على الكفار وأقرهم على إملاكهم ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض

وهذا لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفد وقلته (((وقتله))) فكذا ما هو بدله

وظاهر كلامهم أن حد الغني والمتوسط والفقر لم يذكر في ظاهر الرواية ولذا اختلف المشايخ فيه وأحسن الأقوال ما اختاره في شرح الطحاوي من أن من ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا فهو غني

والمتوسط من يملك مائتي درهم فصاعدا والفقير الذي يملك ما دون المائتين أو لا يملك شيئا

وأشار بقوله في كل سنة إلى أن وجوبها في أول الحول وإنما الحول تخفيف وتسهيل

وفي الهداية أنه يؤخذ من الغني في كل شهر أربعة دراهم ومن المتوسط درهمان ومن الفقير درهم وهذا لأجل (((الأجل))) التسهل (((التسهيل))) عليه لا بيان للوجوب لأنه بأول الحول كما ذكرنا كذا في البناية

---

(١) البحر الرائق، ١٠٨/٥

وأطلق الفقير هنا اكتفاء بما ذكره بعده من أن الفقير غير المعتمل لا جزية عليه والمعتمل هو القادر على العمل وإن لم يحسن حرفة

وفي السراج المعتمل القادر على تحصيل الدراهم والدنانير بأي وجه كان وإن لم يحسن الحرفة

وقال الكاكي والمعتمل هو المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب فلو كان مريضا في السنة كلها أو نصفها أو أكثرها لا تجب عليه ولو ترك العمل مع القدرة عليه فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع

وظاهر كلام المختصر أن القدرة على العمل شرط في حق الفقير فقط لقوله وفقير غير معتمل وليس كذلك بل هو شرط في حق الكل ولذا قال في البناية وغيرها لا يلزم الزمن منهم وإن كان مفرطا في اليسار وكذا لو مرض نصفها كما في الشرح

فلو حذف الفقير لكان أولى

وفي فتح القدير ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة اه

وينبغي اعتبارها في أولها لأنه وقت الوجوب

قوله (وتوضع على كتابي ومجوسي

." (١)

"للإشتراك في استيفاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة ثم البيوع لأن الوقف إزالة الملك لا إلى مالك وفي البيوع إليه فكان الوقف بمنزلة البسيط والبيع كالمركب

والكلام فيه يقع في عشرة مواضع الأول في معناه لغة وشريعة فالمقصود مقابلة شيء بشيء سواء كان مالا أو لا ولذا قال تعالى ﴿ وشروه بثمن بخس دراهم معدودة ﴾ يوسف ٢٠ كما في المحيط

وقال في المصباح باعه يبيعه بيعا ومبيعا فهو بائع وبيع والبيع من الأضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة ويطلق البيع على المبيع فيقال بيع جيد ويجمع على بيوع وأبعته بالألف لغة

قال ابن القطاع وبعت زيدا الدار يتعدى إلى مفعولين وقد تدخل من على المفعول الأول على وجه التأكيد فيقال بعت من زيد الدار وربما دخلت الام (((اللام))) مكان من فيقال بعتك الشيء وبعت لك فهي زائدة

وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وباع عليه القاضي أي من غير رضاه

وفي الحديث لا يبع أحدكم (١) أي لا يشتري لأن النهي فيه على المشتري لا على البائع بدليل رواية البخاري لا يبتاع أحدكم (٢) ويريد يحرم سوم الرجل على سوم أخيه

---

(١) البحر الرائق، ١١٩/٥

والأصل في البيع مبادلة مال بمال لقولهم بيع رابح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الأعيان لكنه أطلق على العقد مجازا لأنه سبب التمليك والتملك

وقولهم صح البيع أو بطل أي صيغته لكنه لما حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وهو مذكر أسند الفعل إليه اه

وفي القاموس باعه يبيعه بيعا أو مبيعا والقياس مباعا إذا باعه وإذا اشتراه ضد وهو مبيع ومبيوع وبيع الشيء قد تضم باؤه فيقال بوع اه

وفي الشريعة ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى بقوله (هو مبادلة المال بالمال **بالتراضي**) من استبدلت الثوب بغيره أو بدلت الثوب بغيره أبدله من باب قتل كذا في المصباح

وفي المعراج ما يدل على أنها بمعنى التمليك لأن بعضهم زاد على جهة التمليك فقال فيه لا حاجة إليه لأن المبادلة تدل عليه

والمال في اللغة ما ملكته من شيء والجمع أموال كذا في القاموس

وفي الكشف الكبير المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة والمالية إنما ثبت بتمول الناس كافة أو بتقوم البعض والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع له شرعا فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم اه

وصرح في المحيط بأن الخمر ليس بمال وأن العقد عليه لم ينعقد بخلاف ما لو باع شيئا بخمر فإنه ينعقد في ذلك الشيء بالقيمة وسيأتي بيانه إن شاء الله

وفي الحاوي القدسي المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار والعبد وإن كان فيه معنى المالية ولكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله وإهلاكه اه

وفي شرح الوقاية لم يقل على سبيل **التراضي** ليشمل مالا يكون بتراض كبيع المكره فإنه ينعقد اه

وأجاب عنه في شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ومن تركه أراد تعريف البيع مطلقا نافذا كان أو غير نافذ

وأقول بيع المكره فاسد موقوف لا أنه موقوف فقط كبيع الفضولي كما يفهم من كلامه

وقد

---

(١) ".

"عرفه فخر الإسلام بأنه في اللغة والشريعة المبادلة وزيد فيها **التراضي**

---

(١) البحر الرائق، ٢٧٧/٥

ورده في فتح القدير بأنه إذا فقد الرضا لا يسمى في اللغة بيعا بل غصبا ولو أعطاه شيئا آخر مكانه

وعرفه في البدائع بأنه مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل فالأول الإيجاب والقبول والثاني التعاطي اه

وبهذا ظهر أنه لا منافاة بين قولهم إن معناه المبادلة وبين قولهم إن ركنه الإيجاب والقبول

وما في المستصفى من أنه معنى شرعي يظهر أثره في المحل عند الإيجاب والقبول فرده في فتح القدير بأنه نفس حكمه وهو الملك فإنه القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع فخرج بالابتداء قدرة الوكيل والوصي والمتولي وبقولنا إلا لمانع المبيع المنقول قبل القبض فإن عدم القدرة على بيعه لمانع النهي

وفي الحاوي المالك (((الملك))) الاختصاص الحاجز وأنه حكم الاستيلاء لأنه به ثبت لا غير إذ المملوك لا يملك لأن اجتماع الملكين في محل واحد محال فلا بد وأن يكون المحل الذي ثبت الملك فيه خاليا عن الملك والخالي عن الملك هو المباح والمثبت للملك في المباح الاستيلاء لا غير وهو طريق الملك في جميع الأموال لأن الأصل الإباحة فيها وبالبيع والهبة ونحوهما ينتقل الملك الحاصل بالاستيلاء إليه فمن شرط البيع شغل المبيع بالملك حالة البيع حتى لم يصح في مباح قبل الاستيلاء ومن شرط الاستيلاء خلو المحل عن الملك وقته وبالإرث والوصية تحصل الخلافة عن الميت حتى كأنه حي لا الانتقال حتى ملك الوارث (((الوراث))) الرد بالعيب دون المشتري فالأسباب ثلاثة مثبت للملك وهو الاستيلاء وناقل للملك وهو البيع ونحوه وخلافة وهو الميراث والوصية

وما أريد لأجله حكم التصرف حكمة وثمرة فحكم البيع الملك وحكمته إطلاق الانتفاع والعقود تبطل إذا خلت عن الأحكام ولا تبطل بخلوها عن الحكم اه

ومما ظهرت فيه فائدة الخلافة جواز إقالة الوارث والموصى له ومنها الخصومة في إثبات الدين كما في دعوى البزازية

وعرفه في الإيضاح بأنه عقد متضمن مبادلة مال بمال ولا حاجة إلى زيادته شرعا لما سمعت من أن المبادلة تكون بالقول وبالفعل وإنما زاد لما قدمناه عن المصباح أن المبادلة حقيقة للأعيان وللعقد مجاز

ثم اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن ولذا تشترط القدرة على المبيع دون الثمن وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن

وأما ركنه ففي البدائع ركنه المبادلة المذكورة وهو معنى ما في فتح القدير من أن ركنه الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطي فركن الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل

وأما شرائطه فأنواع أربعة شرط انعقاد وشرط صحة وشرط نفاذ وشرط لزوم

فالأول أربعة أنواع في العاقد وفي نفس العقد وفي مكان العقد وفي المعقود عليه

فشرائط العاقد العقل فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل

والعدد في العاقد فلا ينعقد بالوكيل من الجانبين إلا في الأب ووصيه والقاضي فإنه يتولى الطرفين في مال الصغير إذا باعوا أموالهم منه أو اشتروا بشرط أن يكون فيه نفع ظاهر لليتيم في الوصي

وزاد في المعراج شراء العبد نفسه من مولاه بأمره وأما القاضي فإنه لا يعقد لنفسه لأن فعله قضاء وقضاؤه لنفسه لا يجوز كذا في الخزانة وغيرها وهو مخالف لما في البدائع

وفي الخانية من الوكالة الواحد لا يتولى العقد من الجانبين إلا في الأب فإنه يكتفي بلفظ واحد

وقال خواهر زاده هذا إذا أتى بلفظ يكون أصيلا في ذلك اللفظ بأن قال بعت هذا من ولدي فيكتفي به وأما إذا أتى بلفظ لا يكون أصلا فيه بأن قال اشتريت هذا المال لولدي لا يكتفى بقوله اشتريت ولا بد أن يقول

." (١)

"منهم ما يخصه من الثمن وإن شاؤا تركوا ورجعوا بالثمن لأنه تغير شرطهم فإن باع منهم على التعاقب فالنقصان على الآخر اه

والظاهر أن الشيء الكيلي كالوزني

وفي المصباح الصبرة من الطعام جمعها صبر كغرفة وغرف

وعن ابن دريد اشتريت صبرة أي بلا كيل ولا وزن اه

والقفيز مكيال يسع ثمانية مكاييل (((مكاييك))) والجمع أقفزة وقفزان والقفيز من الأرض عشر الجريب اه

والوقر بالكسر حمل البعير ويستعمل في البعير وبالفتح ثقل السمع اه

قوله (ولو باع ثلة أو ثوبا كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما لأن رفع هذه الجهالة بيدهما

وله ما قدمناه من أن الأفراد إذا كانت متفاوتة لم يصح في شيء

وقطع ذراع من الثوب موجب (((وجب))) للضرر فلم يجز كبيع جذع (((جزع))) من سقف وعلى هذا كل عددي متفاوت كالبقر والإبل والعبيد والبطيخ والرمان والسفرجل

وفي المعراج البيض كالرمان قياسا واستحسانا كالقفزان اه

وفي القنية باع نصف خشبة مقلوعة أو نصف عمارة مشاعا جاز وإن كان في قسمته ضرر اه

فليس كل ضرر يفسد البيع فلو علم بالعدد قبل الافتراق فله الخيار

قيد بعدم ثمن تسمية الكل لأنه لو سمى ثمن الكل كما إذا قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فإنه جائز في الكل اتفاقا كما لو سمى جملة الذرعان أو القطيع

وأطلق الثوب وقيده العتابي في شرح الجامع الصغير بثوب يضره التبعيض أما في ثوب الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام الواحد كذا في غاية البيان

وفي القنية اشترى ذراعا من خشبة أو ثوب من جانب معلوم لا يجوز ولو قطعه وسلمه أيضا لا يجوز إلا أن يقبل

---

(١) البحر الرائق، ٢٧٨/٥

وعن أبي يوسف جوازه وعن محمد أنه فاسد ولكن لو قطع وسلم فليس للمشتري الامتناع

وعلى هذا لو باع غصنا من شجرة من موضع معلوم حتى لو اشترى الأوراق بأغصانها وكان موضع قطعها معلوما ومضى وقتها فليس للمشتري أن يسترد الثمن اه

وقيد بقوله كل شاة بدرهم لأنه لو اشترى الرجل غنما أو بقرا أو عدل زطي كل اثنين من ذلك بعشرة دراهم فهو بطال (((باطل))) إجماعا لأن كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بانضمام غيرها إليها وأنه مجهول لا يدري وإن كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز كما في الخانية

وفي القاموس الثلة جماعة الغنم أو الكثيرة منها أو من الضأن خاصة والجمع كندر (((كبدر))) وثلال (((وسلال))) اه

وفي السراج الوهاج قال الحلواني رحمه الله تعالى الأصح أن عند أبي حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الأغنام في المجلس لا ينقلب العقد صحيحا لكن لو كان البائع على رضاه ورضي المشتري ينعقد البيع بينهما **بالتراضي** كذا في الفوائد الظهيرية ونظيره البيع بالرقم اه

وفي البدائع وعلى هذا الخلاف الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من الأواني والعلب اه

قوله (ولو سمى الكل في الكل صح) أي لو سمى جملة المبيع صح في المثلي والقيمي لزوال المانع

أطلقه فشمل ما إذا سمى في العقد أو بعده بشرط المجلس وبعده لا لأن ساعات المجلس تعتبر ساعة واحدة دفعا للعسر (((للسعر))) فالعلم في المجلس كالعلم حالة العقد ولا ينقلب جائزا بالعلم بعد المجلس لتقرر الفساد للجهالة

وما في المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح في الكل وإن علم بعد المجلس بعيد لما قررناه

وشمل تسمية جميع الثمن وجميع المبيع لما قدمنا أن تسمية جملة الثمن كافية للصحة كتسمية المبيع وقد صرح به في السراج الوهاج

وفي القنية اشترى من البقول عشرة أمناء من الجزر من جزر له كثير صح كعشرة أقفزة من الحنطة لأن المشاحة لا تجري فيه ولو قال على أن اختار منها لا يصح

قال اشتريت منك ألف من من هذه الحنطة فوزنت فإذا هي خمسمائة قيل صح في الموجود وقيل لا لأن الفساد قوي فيتعدى إليه النقص (((سس))) صح في الموجود اتفاقا وكذا في العدديات المتقاربة

وإنما الخلاف في العدديات

"(١).

---

(١) البحر الرائق، ٥/٣١٠

"الوطء إذا كان عن شبهة كان للمشتري أن يرجع بالنقصان وإن قال البائع أنا أقبلها كذلك لمكان العقر الواجب بالوطء عن شبهة وإن كانت الجارية ذات زوج عند البائع فوطئها زوجها عند المشتري إن كان الجارية بكرا فليس للمشتري أن يردها وإن كانت ثيبا إن نقصها الوطء فكذلك الجواب وإن لم ينقصها كان للمشتري أن يردها

هذا إذا وطئها الزوج مرة في يد البائع ثم وطئها عند المشتري فأما إذا لم يطأها عند البائع مرة إنما وطئها عند المشتري لم يذكر محمد هذا لفصل (((الفصل))) في الأصل واختلف المشايخ فيه والصحيح أنها ترد بالعيب

ولو اشترى برذونا فحصاه (((فخصاه))) ثم اطلع على عيب به بعد الخصاء كان له الرد إذا لم ينقصه الخصي كذا في فتاوى أهل سمرقند وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يفتي بخلافه اه قوله (وإن باعه المشتري لم يرجع بشيء) لكونه حابسا له بالبيع لإمكان الرد برضا بائعه فكان مفوتا للرد أطلقه فشمل ما إذا كان باعه بعد رؤية العيب أو قبله كما في فتح القدير وما إذا كان لضرورة أو لا لما في القنية اشترى سمكة فوجدها معيبة وغاب البائع ولو انتظر حضوره تفسد فشواها أو (((وباعها))) باعها ليس له أن يرجع بنقصان العيب ولا سبيل له في دفع هذا الضرر سئل عن مثلها في المشمش فقال لا يرجع على قول أبي حنيفة اه

وفي المحيط معزيا إلى الجامع اشترى عصيرا وقبضه ثم تخمر ثم وجد به عيبا لا يرده وإن رضي به البائع لأن في الرد تمليك الخمر وتملكه قصدا لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق المالك وحرمة تمليك الخمر حق الشرع فاعتبر بيعا جديدا في حقه وإن صار خلا لا يرد إلا إذا رضي به البائع لأنه تعيب عنده بعيب آخر لأنه قبضه حلوا ويرده حامضا ويرجع بنقصان العيب في الحالين

وكذا النصرانيان (((لنصرانيان))) تبايعا خمرا وتقابضا ثم أسلما ثم وجد المشتري بالخمر عيبا لا يرده ويرجع بالنقصان الأصل أن القضاء بثمنين معا مقابلا بالمبيع الواحد جائز لأن اجتماع ثمنين في ذمة واحدة بمقابلة مبيع واحد على الترادف جائز (((جائر))) بأن اشترى أحدهما وباعه من آخر ثم اشتراه منه

رجلان ادعى كل واحد عبدا في يد إنسان أنه باعه من ذي اليد وهو ينكر وإقاما البينة فعليه الثمنان وكذلك لو قام كل واحد البينة أنه عبده باعه منه وقد نتج عنده الدعوى وقعت في الثمن لا في المبيع لأن المبيع متى (((التي))) كان مسلما لا تقبل البينة على البيع لإثبات الملك فيه لاستغنائه عنه لأنه إنما يفتقر إليه فيما يقدر على تسليمه فيستوجب الثمن على المشتري وقد استغنى عن تسليمه وتمامه فيه وفي تلخيص الجامع من الشهادات في البيوع القضاء بثمنين معا في عين جائز ومبيعين لا إلى أن فرع على الأول لو اطلع على عيب رده على أيهما شاء ولو حدث به عيب عنده رجع بالنقصان على أيهما شاء لا عليهما

ثم اعلم أن البيع مانع من الرجوع بالنقصان مطلقا سواء كان بعد حدوث نقص عند المشتري أو قبله إلا إذا كان بعد زيادة كما سيأتي ولذا قال في المحيط ولو أحرج (((أخرج))) المبيع عن ملكه بحيث لا يبقى لملكه أثر بأن باعه أو وهبه أو أقر به لغيره ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان وكذا لو باع بعضه وإن تصرف تصرفا لا يخرجه عن ملكه

بأن (((باب))) أجره أو رهنه أو كان طعاما فطبخه أو سويقا فلته بسمن أو بناء (((ماء))) في العرصة ونحوه ثم علم بالعيب فإنه يرجع بالنقصان إلا في الكتابة اه

وذكر هنا مسألتين في فروق الكرابيسي من أول كتاب الوكالة قال رجل اشترى جارية فقبضها فباعها من غيره وقبضها الثاني ثم اشتراها المشتري الأول من المشتري الثاني وقبضها

---

(١) ".

"يكره في القسمة في الميراث والغنائم اه والله تعالى أعلم

باب الإقالة المناسبة ظاهرة وهي شاملة لكل عقد بيع صحيحا كان أو مكروها فيفسخ إقالة **بالتراضي** وإن كان واجبا في المكروه تحريما دافعا (((دفعا))) للمعصية أو فاسدا فيفسخ بدون **التراضي** إما من أحدهما أو من القاضي جبرا كما قدمناه فاشترك المكروه والفاسد في وجوب الدفع

والكلام فيها يقع في عشرة مواضع الأول في معناها لغة

والثاني في معناها شرعا

والثالث في ركنها

والرابع في شروطها

والخامس في صفتها

والسادس في حكمها

والسابع فيمن يملكها ومن لا يمكلها (((يملكها)))

والثامن في بيان دليلها

والباسع (((والتاسع))) في سببها

والعاشر في محاسنها

أما الأول فقال في القاموس قلته البيع بالكسر وأقلته فسخته واستقاله طلب إليه أن يقيله وتقايل البيعان وأقال الله عثرتك وأقالكها اه

ذكرها في القاف مع الياء

---

(١) البحر الرائق، ٥٤/٦

وفي المصباح أقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد وقاله قيلا من باب باع لغة واستقاله البيع فأقاله اه

وبهذا ظهر أنها لم تكن مشتقة من القول وأن الهمزة للسلب أي أزال القول الأول كما ذكره الشارح وإنما هي من القيل

وأما معناها شرعا فهي رفع العقد كذا ذكره في الجوهرة وهو تعريف للأعم من إقالة البيع والإجارة ونحوهما

وإن أردت خصوصها فقل رفع عقد البيع وأما الطلاق فهو رفع قيد النكاح لا رفع النكاح

وأما ركنها فالإيجاب والقبول الدالان عليها بلفظتين (((بلفظين))) ماضيين أو أحدهما مستقبلا والآخر ماضيا كاقلني فقال أقلتك عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالنكاح

وقال محمد لا تنقعد (((تنعقد))) إلا بماضيين كالبيع كذا في البدائع

وقد يكون القبول بالفعل كما لو قطعه قميصا في فور قول المشتري أقلتك وتنعقد بفاسختك وتركت وتاركتك (((تاركتك))) ودفعت وتنعقد بالتعاطي كالبيع كما في الخانية والخلاصة

وفي البزازية ينعقد به كالبيع من أحد الجانبين وهو الصحيح

وأما شرائط صحتها فمنها رضا المتعاقدين لأن الكلام في رفع عقد لازم وأما رفع ما ليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه

ومنها بقاء المحل لما سيأتي أن المبيع إذا هلك لم تصح الإقالة ومنها قبض بدلي الصرف في إقالة الصرف أما على قول أبي يوسف فظاهر لأنها بيع وأما على أصلهما فلأنها بيع في حق ثالث وهو حق الشرع

ومنها أن يكون المبيع قابلا للفسخ بخيار من الخيارات فلو ازداد زيادة تمنع الفسخ لم تصح الإقالة خلافا لهما

ولا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين فتصح إقالة الوارث والوصي ولا تصح إقالة الموصى له كما في القنية

ومنها اتحاد المجلس وعليه يتفرع ما في القنية جاء الدلال بالثمن إلى البائع بعدما باعه بالأمر المطلق فقال البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشتري فقال أنا لا أزيده أيضا لا ينفسخ لأنه ليس من ألفاظ الفسخ لأن اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول شرط في الإقالة ولم يوجد اه

ومنها أن لا يهب البائع الثمن للمشتري قبل قبضه في شراء المأذون فلو وهبه له لم تصح الإقالة بعدها كما في خزانة المفتين

ومنها أن لا يكون البيع بالكثير من القيمة في بيع الوصي فإن كان لم تصح إقالته كما فيها أيضا

وأما صفتها فهي مندوب إلها (((إليها))) للحديث من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيام (((القيامة))) وقدمنا أنها تكون واجبة إذا كان عقدا ومكروها (((مكروها))) وينبغي أن تكون واجبة إذا كان البائع غارا للمشتري وكان الغبن يسيرا

وإنما قيدنا باليسير لأن الغبن الفاحش يوجب الرد إن غره البائع على الصحيح كما سيأتي إن شاء الله تعالى

وأما حكمها فاختلف فيه على أقوال فقال الإمام الأعظم إنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث

". (١)

"بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد على ما بينا وإنما ذكر هذه بعد التي قبلها وإن كانت قد علمت مما قبلها لبيان أن الصرف إلى خلاف الجنس لا يتفاوت في الجميع أو جزء واحد كذا في السراج الوهاج قوله (ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) أي يصح بيع الاتحاد (((للاتحاد))) في الجنس فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف

والغلة هي الدراهم المقطعة وقيل ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ولا تنافي لاحتمال أن تكون هي المقطعة

وفي الهداية ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة فإن لم تبلغ فمع الكراهة وإن لم يكن له قيمة لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا اه

وصرح في الإيضاح بأن الكراهة قول محمد وأما أبو حنيفة فقال لا بأس به

وفي المحيط إنما كرهه محمد خوفا من أن يألفه الناس ويستعملوه فيما لا يجوز

وقيل لأنهما باشرا الحيلة لإسقاط الربا كبيع العينة فإنه مكروه

وفي فتح القدير اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لأنه إن لم يظهر في التراب شيء فظاهر وإن ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة لهذا (((ولهذا))) لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لأن البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشتراه بتراب ذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن لا شيء في التراب لا يجوز وكلما جاز فمشترى التراب بالخيار إذا رأى لأنه اشترى ما لم يره اه

قوله (ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) أي صح بيع أما إذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلأنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وهو جائز إجماعا لأن التعيين للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين سقط وإنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته ولذا لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الخطر

وأما الثانية وهو ما إذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا إستحسان والقياس عدم الجواز وهو قول زفر لكونه استبدالا ببدل الصرف وجه الاستحسان أنهما لما تقاصا انفسخ الأول وانعقد صرف آخر مضافا إلى الدين فتثبت الإضافة اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول

وفي فتح القدير ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق ولا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة

---

(١) البحر الرائق، ٦/١١٠

وعلى هذا التقرير لا حاجة إلى اعتبار فسخ العقد الأول بالإضافة إلى العشرة الدين بعد العقد على الإطلاق بخلاف ما إذا باع بألف ثم بألف وخمسمائة فإن الفسخ لازم لأن أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لأن الإطلاق ليس قيدا في العقد بها وإلا لم يمكن قضاؤها أصلا إذ لا وجود للمطلق بقيد الإطلاق وعلى هذا مشوا وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى عقد آخر اقتضاء اه

أطلق في العشرة الدين فشمل ما إذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده

وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعده والأول أصح لأن التقاص هو المتضمن لفسخ الأول وإنشاء صرف آخر فيكتفي بالدين عند التقاص بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين آخر مطلقا متقدما كان أو متأخرا لأن المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة برأس مال السلم لافترقا عن دين بدين ولذا لا يجوز إضافته إلى الدين ابتداء بأن يجعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم بخلاف الصرف

وقال الفقيهأبو الليث في شرح الجامع الصغير إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى **التراضي** لأنه قد وجد منه القبض اه

وقوله وتقاصا راجع إلى الثانية وأما الأولى فتقع المقاصصة بنفس العقد

والحاصل أن الدين إذا حدث

". (١)

"بعد الصرف فإن كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يتقاصا وإن حدث بالشراء بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوبا بعشرة إن لم يجعلاه قصاصا لا يصير قصاصا باتفاق الروايات وإن جعلاه قصاصا ففيه روايتان كذا في الذخيرة

ومن مسائل المقاصات وإن لم تكن من الصرف ما في المنتقى له وديعة وللمودع على صاحبها دين من جنسها لم تصر قصاصا بالدين قبل الاتفاق عليه وإذا اجتمعا عليه لا تصير الوديعة قصاصا ما لم يرجع إلى أهله فيأخذها وإن كانت في يده فاجتمعا على جعلها قصاصا لا يحتاج إلى غير ذلك وحكم المغصوب كالوديعة سواء والدينان إذا كانا من جنسين لا تقع المقاصة بينهما ما لم يتقاصا وذكر إذا كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا وكذا إذا كان أحدهما غلة والآخر صحيحا كذا في الذخيرة أيضا من كتاب الصرف

وذكر في كتاب المداينات أن الدينين إذا كانا مؤجلين لا تقع المقاصة حتى يتقاصا وذكر قبله أن التفاوت في الوصف يمنع المقاصة بنفسه ولا يمنع إذا جعلاه قصاصا اه

وفي الصحاح تقاص القوم إذا قاص كل واحد منهما صاحبه في حساب أو غيره اه

---

(١) البحر الرائق، ٢١٦/٦

وإذا اختلف الجنس وتقاصا كأن كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها كذا في الظهيرية

وفي فروق الكرابيسي من النفقات وإذا طلبت المرأة النفقة وكان للزوج عليها دين فقال الزوج احسبوا لها نفقتها منه كان جائزا لأنها من جنس الدراهم والدنانير فتقع المقاصة عند **التراضي** فرق بين هذا وبين سائر الديون فإن هناك المقاصة تقع من غير **التراضي** وهنا شرط **التراضي**

والفرق أن دين النفقة أدنى لما ذكرنا فلا تقع المقاصة إلا **بالتراضي** كما لو كان أحد الدينين جيدا والآخر رديئا بخلاف سائر الديون لأنها جنس واحد فلا يشترط **التراضي** اه

وتقدم شيء من فوائد التقاص في باب أم الولد فارجع إليه

قوله (وغالب الفضة والذهب فضة وذهب) يعني فلا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها إلا وزنا لأنهما لا يخلوان عن قليل غش إذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون خلقيا فيعسر التمييز فصار كالرديء وهو والجيد سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش معدوما فلا اعتبار له أصلا بخلاف ما إذا غلب الغش فإن للمغلوب اعتبارا كما سيأتي اه

قوله (وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير فيصح بيعها بجنسها متفاضلا) أي وزنا وعددا لأن الحكم للغالب فلا يضر التفاضل لجعل الغش مقابلا بالفضة أو الذهب الذي في الآخر ولكن يشترط التقابض قبل الافتراق لأنه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين

ويشترط في الغش أيضا لأنه لا يتميز إلا بضرر وكذا إذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت فاعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالمغشوش بالغالب حتى لا يجوز بيعه بجنسه إلا على سبيل الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بهما فجعل كأنه كله فضة أو ذهب ومنع بيعه متفاضلا

والفرق أن الفضة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا بالوزن ومآلا بالإذابة لكونهما يخلصان منه بالإذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبرا في نصاب الزكاة بخلاف الغش المغلوب لأنه يحترق ويهلك ولا لون حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ويهلك كان حكمه حكم النحاس الخالص فلا يعتبران أصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا إن كان موزونا للربا

وفي الهداية ومشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند لم يفتوا بجواز

---

(١) ".

"أمره بريء المطلوب أيضا لأنه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثا لورثته

---

(١) البحر الرائق، ٦/٢١٧

ولو ملك الكفيل المال في حياة الطالب بالقضاء أو الهبة يرجع على المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره وإن كانت بغير أمره لا رجوع ا هـ

ففيما إذا مات الطالب والكفيل وارثه وكانت بغير أمره لزم من براءة الكفيل براءة الأصيل

ثم اعلم أن قول صاحب الهداية فيما قدمناه لو كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر يتأجل عن الأصيل أيضا محمول على غير القرض لما في التتارخانية وإذا كفل بالقرض مؤجلا إلى أجل مسمى فالكفالة جائزة والمال على الكفيل إلى الأجل المسمى وعلى الأصيل حال

وعزاه إلى الذخيرة ثم عزا إلى الغياثية لو كفل بالقرض فأخر عن الكفيل جاز ولا يتأخر عن الأصيل

ويخالفه ما صرح به في تلخيص الجامع من أنه شامل للقرض فإن هذا هو الحيلة في تأجيل القروض وقدمناه في التأجيل

وللطرسوسي في أنفع الوسائل كلام فيه فراجعه

وفيها ولو كفل بدين مؤجل ثم باعه الكفيل شيئا بالدين قبل حلوله سقط ولو أقال البيع أو رد **بالتراضي** عاد الدين ولم يعد الأجل ولو انفسخت الحوالة بالتوي عاد الأجل وكذا لو باع الأصيل الطالب بدينه سقط فلو رد عليه بملك جديد عاد الدين على الأصيل ولم يعد على الكفيل وبالفسخ من كل وجه يعود على الكفيل

ولو كان الأجل لأحد الكفيلين أكثر فحل على الآخر وأدى رجع على الأصيل حتى يحل على الآخر أو يرجع الآخر بنصفه ثم يتبعان الأصيل بالنصف ا هـ

وإذا لم يكن تأجيل الكفيل تأجيلا للأصيل فإذا أدى الكفيل قبل مضي الأجل لا رجوع له على الأصيل حتى يمضي الاجل باتفاق الروايات وكذا إذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الأصيل وكذا إذا حل على الأصيل بموته لا يحل على الكفيل

وعن أبي يوسف إذا كان على رجلين ألف مؤجل وكل واحد كفيل عن صاحبه فمات أحدهما أخذ ما عليه بالأصالة وأما ما عليه بالكفالة يبقى مؤجلا هو الصحيح كذا في التتارخانية

". (١)

"قوله (وإن قال بعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الأمر أخذه فلان) أي أنكر المشتري أن يكون فلان أمره بالشراء لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق قوله (إلا أن يقول لم آمره به) أي فلان لم آمر المشتري بشرائه فإنه لا يأخذه فلان لأن الإقرار ارتد برده ولم يذكر المؤلف أنه ينفذ الشراء على المشتري لكن قوله بعده (إلا أن يسلمه المشتري إليه) يدل على أنه نفذ الشراء عليه وصار ملكا له ثم تسليمه بعده لفلان وأخذ فلان له بيع بالتعاطي فتكون العهدة عليه

---

(١) البحر الرائق، ٦/٢٤٧

وفي الهداية ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب ا هـ

وقلت ودلت أيضا على أن بعني لفلان ليس إضافة إلى فلان إذ لو كان إضافة الشراء له لتوقف لقولهم إن شراء الفضولي لا يتوقف إلا إذا إضافه إلى غيره وصورة إضافته إلى غير المشتري أن يقول بع عبدك من فلان كما في فتح القدير من بحث الفضولي فلم يضفه المشتري إلى نفسه وإنما أضافه إلى الغير بخلاف بعني لفلان فإنه أضافه إلى ياء المتكلم

وقوله لفلان يحتمل بشفاعة فلان كما قال محمد لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة كأنه قال لأجلك لكن إذا أقر فلان بالأمر جعلنا اللام للتمليك

وفي فروق الكرابيسي شراء الفضولي على أربعة أوجه الأولى أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف

الثاني أن يقول البائع بعت من فلان بكذا والمشتري يقول اشتريته لأجله أو قبلت يتوقف

الثالث بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ عليه

الرابع أن يقول اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك بطل العقد في أصح الروايتين ا هـ

قيد بالتسليم لأن فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري كذا في المعراج

وفي كافي الحاكم ولو أن رجلا اشترى عبدا وأشهد أنه يشتريه لفلان فقال فلان قد رضيت فأراد المشتري أن يمنعه كان له ذلك فإن سلمه له وأخذ الثمن كان هذا بمنزلة بيع مستقبل بينهما ا هـ

وفي الواقعات الحسامية ولو أن رجلا أمر رجلا بأن يشتري له عبد فلان بألف فقال صاحب العبد للوكيل بعت عبدي هذا من فلان الموكل بألف فقال الوكيل قبلت لزم الوكيل لأن الموكل أمره أن يقبل على نفسه حتى تلزم العهدة الوكيل دون الآمر وهو قبل على الموكل فصار مخالفا

قلت يجب أن يعتبر فضوليا لأن هذا قبول لغيره لأن البائع أوجب البيع للموكل والوكيل قبل ذلك الإيجاب فصار كما لو قال قبلت لفلان الموكل وإذا كان قبولا لغيره تعذر تنفيذه عليه فيتوقف وقد ذكرت ذلك لأستاذنا فصوبني ا هـ

قوله (وإن أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له أحدهما صح) لأن التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع

أطلقه وهو مقيد بما إذا اشتراه بقدر قيمته أو بزيادة يتغابن الناس فيها أما بما لا يتغابن فيها الناس فلا يجوز إجماعا والعذر له أنه سيقيد شراء الوكيل به فيما يأتي فلذا تركه هنا

ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعينين

". (١)

"الرجوع اتفاقا قوله (وببيع نصفها رجع بالنصف كعدم بيع شيء) لأن المانع وجد في البعض فيمتنع بقدره كما كان له أن يرجع في النصف والعين كلها لم تخرج عن ملك الموهوب له لأن له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه أو بعضه قوله (والزاي الزوجية) أي الزوجية مانعة من الرجوع لأن المقصود فيها الصلة أي الإحسان كما في القرابة

وفي فتاوى قاضيخان من المهر بعث إلى امرأته متاعا وبعثت أيضا ثم افترقا بعد الزفاف وادعى أنه عارية وأراد الاسترداد وأرادت الاسترداد أيضا يسترد كل ما أعطى لأن المرأة زعمت أن الإعطاء كان عوضا عن الهبة لم تثبت الهبة فلا يثبت العوض ا هـ

وفي فتاوى قاضيخان ولو وهبت المرأة شيئا لزوجها وادعت أنه استكرهها في الهبة تسمع دعواها قوله (فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا) أي لو نكح ثم وهب لا يرجع لأن المعتبر حالة الهبة وفي الأول لم تكن منكوحة بخلاف الثاني ولهذا لو أبانها بعد الهبة لم يكن له أن يرجع فيها وقدمنا في باب الصرف من الزكاة ما يخالف الهبة من المسائل المتعلقة بالزوجية كالشهادة والوصية

قوله (والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع) لحديث الحاكم مرفوعا إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها وصححه وقال على شرط الشيخين

ومفهوم شرطه أنها إذا كانت لغير محرم فله الرجوع فهو حجة على الشافعي لأنه قائل بالمفاهيم وأئمتنا وإن لم يعتبروه لكن صرح به في أثر ابن عمر على ما رواه عبد الرزاق في مصنفه من وهب هبة لغير دي (((ذي))) رحم فله أن يرجع فيها إلا أن يثاب منها خرجه الحافظ الزيلعي

ولأنه قد حصل مقصوده وهو صلة الرحم

أطلقه فشمل المحرم المسلم والذمي والمستأمن (((المستأمن))) كذا في المبسوط

وقيد بالرحم لأن المحرم بلا رحم كأخيه من الرضاع وأمهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات لا يمنع الرجوع

وقيد بالمحرم لأن الرحم بلا محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع

وفي ذكر القرابة ثم تفسيرها بالرحم المحرم إشارة إلى أنه لو وهب لرحم محرم لا من جهة القرابة كان له الرجوع كما لو وهب لابن عمه وهو أخوه رضاعا وخرج ما لو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي فإنه يرجع فيها عند أبي حنيفة لأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب إليه إذا احتاج إليه

وقالا لا يرجع في الأولى ويرجع في الثانية ولو كان ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقا على الأصح لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع كذا في المبسوط

ولو عجز قريبه المكاتب فعند محمد لا يرجع خلافا لأبي يوسف وإن عتق لا رجوع وإن كان مولاه قريبا للواهب رجع عجز المكاتب أو عتق عند الإمام

---

(١) البحر الرائق، ١٦٢/٧

وفي فتاوى قاضيخان ولو وهب لأخيه ولأجنبي شيئا فقبضاه كان له أن يرجع في نصيب الأجنبي قوله (والهاء الهلاك) يعني هلاك العين الموهوبة مانع وأما هلاك أحد العاقدين فقد قدمه لتعذر الرجوع بعد الهلاك قوله (فلو ادعاه صدق) أي لو ادعى الموهوب له هلاك الموهوب يصدق لأنه منكر لوجوب الرد عليه

قيد بدعوى الهلاك لأن الموهوب له لو ادعى أنه أخوه وأنكره الواهب يستحلف الواهب عند الكل لأنه ادعى بسبب النسب مالا لازما فكان المقصود إثبات (((إثباته))) دون النسب ذكره قاضيخان في فتاواه من باب الاستحلاف

وأشار بقوله صدق إلى أن القول قوله بغير يمين ولهذا قال في الخلاصة لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه فإن قال الواهب هي هذه حلف المنكر أنها ليست هذه ا هـ قوله (وإنما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهي وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى

وإذا رجع بالقضاء أو **بالتراضي** يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع

". (١)

"يستحق شيء من الرقبة عند الكتابة فإذا أعتق بعض الرقبة نفذ ذلك بالتدبير وسقط حصته من بدل الكتابة بقدره أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت فكان البدل بأداء الثلثين ضرورة وليس هذا كما إذا أدى في حياته لأن استحقاق الثلث قد سقط بالتدبير

وفي المبسوط لو كاتب عبده المأذون المديون فللغرماء بعضها لأنها تضمنت إبطال حقهم فإذا أخذ المولى الكتابة ثم علموا فلهم أخذها من المولى لأنه كسب عبد مأذون مديون (((ومديون))) والغرماء أحق بإكسابه قبل الكتابة فكذا بعدها بخلاف ما لو ضرب على عبده المأذون المديون ضريبة مال صح وما يأخذ المولى من الضريبة (((الضريبة))) مسلم له لأن الضريبة (((الضريبة))) بدل المنفعة وللمولى أن يستوفي المنفعة بالاستخدام فكذا له الضريبة بدلا عنه

وإن بقي من دينهم شيء ضمن له المولى قيمته ويسعى في بقية دينهم ولا يرجع المولى على العبد بما أدى وكذا لو قضى المولى دينهم جازت الكتابة ولم يرجع على العبد بما أدى من دينهم

أمة مأذونة في التجارة وعليها دين فولدت فكاتب السيد الولد وعتقه فللغرماء رد الكتابة وفي العتق يضمن المولى قيمة الولد

---

(١) البحر الرائق، ٧/٢٩٤

قال رحمه الله (وإن دبر مكاتبه صح) لأنه يملك تنجيز العتق فيملك التعليق بشرط وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى مدبرا

قال رحمه الله (وإن عجز بقي مدبر (((مدبرا))) الوجود (((لوجود))) السبب الموجب له) قال رحمه الله (وإلا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسرا) يعني إن لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة عند الإمام

وقالا يسعى في الأقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي (((تجزؤ))) الإعتاق وعدمه وقد مر بيانه

وأما المقدار هنا فمتفق عليه لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة إن لم يستحق شيء من الحرية قبل ذلك فإذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقطت حصته من بدل الكتابة بخلاف ما إذا تقدم بالتدبير لأنه سلم له تدبير الثلثين فيكون بدل الكتابة مقابلا لما لم يسلم وهو الثلث على ما بينا

قوله (وإن أعتق مكاتبه عتق) لأن ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق

قال رحمه الله (وسقط بدل الكتابة) لأن التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالإعتاق مجانا والكتابة وإن كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ **بالتراضي** بالإجماع وقد وجد من المولى بالإقدام على العتق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض

قال رحمه الله (وإن كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على نصف حال صح) والقياس أن لا يجوز لأنه اعتياض عن أجل وهو ليس بمال والدين مال ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين ولا في مكاتب الغير وإن لم يجز كان ربا وذلك في عقد المعاوضة غير جائز وعقد المكاتبة عقد معاوضة لا ينتقض بالمهر والطلاق المقابل وبالمال (((بالمال)))

وأجيب بأن ذلك على خلاف القياس بالنص وكذا أن تقول قوله والدين مال منقوض بقوله لو حلف بأنه ليس له مال وله دين على ملي (((مليء))) أو معسر لم يحنث إلا أن يقال ذلك في الأيمان فتأمل

ووجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة من وجه غير مال حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من وجه فكان ربا ولأن الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد على خمس مائة حالة

قال بعض الأفاضل في قوله الأجل في حق المكاتب مال فيه مناقشة ظاهرة إذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبهذا الاعتبار صحت الكتابة حالا

وأقول هذه المناقشة إنما تظهر أن لو أرادوا نفي القدرة على الأداء إلا به نفي القدرة الممكنة وهي أداء ما يتمكن به من الأداء وأما إذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهو ما يوجب اليسر على الأداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الأداء لا يكون إلا بالأجل فتأمل

قال في المحيط ولو صالحه من الكتابة على عين جاز لأن بدل الكتابة منزلة (((بمنزلة))) الثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز ولا يشترط قبضها في المجلس كذا في المنتقى عن محمد لأنهما افترقا عن عين بدين

ولو كاتبه على وصف أبيض فصالحه على وصفين أبيضين يدا بيد جاز لأنه صالحه على دين بعين فيجوز ولو استأجر المولى مكاتبه بما عليه سنة يخدمه صحت الإجارة وعتق العبد للحال لأن مولاه ملك بدل الكتابة بالتعجيل فبرئت ذمته عنه فإن خدمه المكاتب شهرا ثم مات انقضت الإجارة وبرىء المكاتب من صحة ما خدم

". (١)

"بعينه فكان أحق به من الغرماء إذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق من الغرماء كما لو غصب العبد شيئا من ماله أو ودع ماله عند عبده أو قبض المبيع بغير إذن المولى وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لأنه يجوز أن يثبت للعبد المأذون المديون دين على مولاه ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيئا من اكتساب عبده المأذون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية

وعن أبي يوسف أن للمولى أن يسترد المبيع إن كان قائما في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن إلا أن المولى لم يسقط حقه من العين إلا بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقي العين قائما في يده لأنه يجوز أن تكون العين المملوكة للمولى في يد عبده فكذا يجوز أن يكون له ملك اليد فيه وأما بعد الاستهلاك فقد صار دينا فلا يمكن ايجابه من عبده ا هـ

قال رحمه الله (وله حبس المبيع بالثمن) أي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد لأن البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن فيبقى ملك اليد على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ولأن للدين تعلقا بالعين لأنه يقابله ويسلم بسلامتها فكان له شبهة بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما أنه مقابل برقبته مع أنه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما إذا سلم المولى المبيع أولا حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن دينا مطلقا فيسقط ا هـ

قال رحمه الله (وصح إعتاقه) أي جاز إعتاق المولى عبده المأذون المديون المستغرق بالدين وهذا بالإجماع لقيام ملكه فيه وإنما الخلاف في أكسابه بعد الاستغرق (((الاستغراق))) بالدين وقد تقدم بيانه

وفي المحيط ولو دبر المأذون المديون صح فإن شاء الغرماء ضمنوا المولى قيمته ولا سبيل لهم على العبد حتى يعتق فإذا أعتق (((عتق))) فلهم أن يبيعوه بما بقي من دينهم رهن عبده المأذون المديون أو أجره وعليه دين إلى أجل جاز وإذا حل الأجل ضمنوا المولى قيمته في الرهن دون الإجارة فإن بقيت منها مدة فلهم أن يفسخوا الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار بخلاف الرهن

---

(١) البحر الرائق، ٨/٦٠

ولو باعه المولى ثم اشتراه أو استقاله ثم حل الأجل لم يكن لهم على العبد سبيل وضمنوا المولى قيمته إلا أن يرده عليه بعيب بقضاء القاضي أو بخيار لأن حقهم قد بطل عن رقبته بالبيع وبرىء العبد عن الدين والبيع **بالتراضي** بيع جديد في حق ثالث

قال رحمه الله (وضمن قيمته لغرمائه) يعني المولى يضمن قيمة المعتق لغرمائه لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لأنه لا يقبل الفسخ فأوجب الضمان دفعا لضرر الغرماء بخلاف ما إذا كان المأذون له مدبرا أو أم ولد حيث لا يجب الضمان بإعتاقهما لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيئا فلو قال ولو قنا لكان أولى

وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن قدر الدين لا غير وإن كان الدين أكثر من القيمة ضمن قيمته بالغة ما بلغت لتعلق حقهم بماليته كما إذا أعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد بحيث لا يبلغ به دية الحر لأن القيمة هناك بدل الآدمي من وجه فلا يبلغ به دية الحر وكذا لا يختلف بين ما إذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة إتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم وبخلاف إعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الأرش إن كان إعتاقه بعد علمه (((عمله))) بالجناية لأنه الواجب فيها على المولى وهو يخير بين الدفع والفداء فيكون مختارا للفداء بالإعتاق عالما أو لا كذلك هنا لأن المولى ليس له شيء وإنما يضمن باعتبار تفويت حقهم كإتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه وكذلك إذا كان الجاتي (((الجاني))) مدبرا أو أم ولد يجب على المولي قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختارا وهنا لا يجب لما بينا ا هـ

وقوله وضمن شمل ما إذا أعتق بإذن الغرماء فللغرماء أن يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كعتق الراهن بإذن المرتهن وهو معتبر لأنه قد خرج من الراهن بإذن المرتهن والمأذون المديون لا يبرأ من الدين بإذن الغرماء ا هـ

ولو قال لغرمائه تضمينه قيمته لكان أولى ليفيد أن الضمان باختيار الغرماء اتباع المولى

قال رحمه الله (وطولب لغرمائه بعد عتقه) يعني لغرمائه أن يطالبوه بعد الحرية إن بقي من دينهم شيء ولم توف به القيمة لأن الدين مستقر في ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى

---

(١) ".

"الأجل ويباع نصفه معورا لأن بالرجوع عاد العبد إلى قديم ملكه فقد ارتفع السبب الموجب للضمان لأنه عاد حق الغريم في البيع والاستسعاء كما كان ولهذا لو هلك الكل في يد الواهب بعد الرجوع لم يضمن فكذا إذا هلك بعضه

قال رحمه الله تعالى (وإن رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد) لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها إليه

---

(١) البحر الرائق، ١١٦/٨

هذا إذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لأنه فسخ من كل وجه وكذا إذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط وإن رده بعيب بعض القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لأن الرد **بالتراضي** إقالة وهو بيع في حق غيرهما وإن فضل من دينهم شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية

وفي المحيط إذا باع القاضي وهلك الثمن في يده ثم وجد المشتري به عيبا فرده فباعه مرة أخرى وقضى المشتري ثمنه وكذا لو باعه مولاه بأمره إلا أن الأمين لا يضمن النقصان والمولى يضمن النقصان ثم يرجع به على الغرماء لأن المولي عليه عهدة

ولو باعه مولاه وضمن قيمته للغرماء ثم وجد به عيبا فلم يرده عليهم ثم حدث به عيب آخر رجع على البائع بنقصان العيب الأول من الثمن ولم يكن على البائع شيء من تلك القيمة ولا يرجع بالنقصان على الغرماء وهذا قول الإمام

وعندهما يرجع على الغرماء بحصة العيب وهذه فروع المسألة المذكورة في الصلح وهي أن من اشترى عبدا فباعه من غيره ثم إن المشتري الثاني وجد فيه عيبا فمات في يد (((يده))) رجع على بائعه بنقصان العيب ولا يرجع بائعه على بائعه بذلك عند الإمام خلافا لهما

وقيل هذا قولهما (((قولهم))) جميعا وهو الظاهر

والفرق بين هذه ومسألة الصلح أنهم هنا الغرماء يقولون للمشتري إنك التزمت هذه الغرامة بطيب من نفسك فإنك كنت ممكنا من رد العبد علينا فلا يلزمك هذا النقصان فلما لم تفعل فقد التزمت هذه الغرامة

ولو ادعى المشتري عيبا يحدث مثله فصالحه من دعواه مع المشتري على شيء ليس له أن يرجع على بائعه لأنه رضي بالتزامه هذه الغرامة ا هـ

قال رحمه الله (أو مشتريه) وهو معطوف على البائع لأن كل واحد منهما متعد في حق الغرماء (((غرماء))) البائع لما ذكرنا والمشتري بالشراء والقبض والتعييب

قال رحمه الله (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) أي الغرماء إن شاؤوا أجازوا البيع وأخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا آخذ القيمة لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما إذا باع الراهن الرهن ثم أجاز المرتهن البيع بخلاف ما إذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجاز لأنهم وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه فحاصله أن الغرماء يخيرون بين ثلاثة أشياء إجازة البيع وتضمين أيهما شاؤوا ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين وإن ضمنوا البائع سلموا المبيع للمشتري ولزم البيع لزوال المانع وأيهما اختار تضمينه برىء الآخر حتى لا يرجعوا عليه وإن تويت القيمة عند الذي اختاره لأن المخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو باليمين لأن حقهم تحول إلى القيمة بالقضاء وإن قضى لهم بالقيمة

وإن شاؤا ردوهما وأخذوا العبد فيبيع لهم لأنه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كذا ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط

قال الشارح الحكم المذكور في المغصوب مشروط بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وإنما شرط أن تدعي الغرماء أكثر مما ضمن وإن كمال حقهم لم يصل إليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لأن الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار إذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا ملخصا ا هـ

ويجاب عنه أنه لما كانت السعاية بها يحصل لهم كمال ماله لم يظهر ما ذكره الشارح وشرطوا دعواهم ولم يتعرضوا لحكم الثمن إذا ضاع

وفي العناية ولو هلك الثمن في يد المولى وقد أجازوا الغرماء البيع لا ضمان عليه ولو أجاز بعض الغرماء البيع وضمن البعض جاز

قال رحمه الله (وإن باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء البيع) لأن حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل

". (١)

"يملكه لما قال ذلك

والقياس أنه يجوز الانتفاع به وهو قول الحسن وزفر ورواية عن أبي حنيفة ولهذا ينفذ تصرفه فيها كالتمليك للغير

ووجه الاستحسان ما ذكرناه ونفاذ تصرفه لوجود الملك ألا ترى أن المشتري شراء فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به

فإذا دفع المثل أو القيمة إليه وأخذه بحكم الحاكم أو تراضيا على مقدار حل الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه لأن الحاكم لا يحكم إلا بطلبه فحصلت المبادلة **بالتراضي**

وقال أبو يوسف في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز الانتفاع بها قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه

وقيد (((قيد))) بقوله واتخاذ سيف ليفيد أنه بعده صار يباع عددا لا وزنا وهو إنما يملكه بما ذكر من الاتخاذ إذا كان يباع عددا

وفي المحيط ولو غصب حديدا وصفرا فجعله إتاء (((إناء))) فإن (((فكان))) كان يباع وزنا لا ينقطع حق المالك كما في الفضة وإن كان يباع عددا انقطع حق المالك لأنه لما أخرجه عن كونه موزونا يكون مستهلكا له من وجه

---

(١) البحر الرائق، ١١٨/٨

قال في شرح الطحاوي وقال شمس الأئمة الكرخي الصحيح أنه لا فرق بين الصفقة أن يباع عددا أو وزنا

ولو غصب فلوسا وضاع منها إناء ضمن الفلوس لأنه أخرجها عن كونها ثمنا فيصير مستهلكا من وجه وقوله لغير الحجرين يعني أن الحجرين لو اتخذ مصاغا أو حليا أو إناء أو ضربة دراهم أو دنانير فللمالك أن يأخذه ولا يعطيه شيئا عند الإمام وعندهما هو للغاصب ويضمن مثله للمالك لأنه أحدث فيه صنعة متقومة فصار كما لو غصب حديدا أو صفرا فضربه

وللإمام أن العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما ألا ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو باق أيضا وكذا كونه موزونا باق أيضا حتى يجري فيه الربا

وأطلق في الحجرين فشمل ما إذا صار بعد الاتخاذ أصلا أو تبعا

قال في الميحط ولو غصب فضة أو دراهم فجعلها عروة أو قلادة لا أواني انقطع حق المالك لأنه صار تبعا للأواني والتبعبة (((والتبعية))) استهلاك من وجه اه

وفي فتاوى سمرقند غصب من آخر طعاما فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكا فلما ابتلعه كان حلالا في قول الإمام

وقالا لا يكون حلالا إلا إذا أدى البدل

وأنكر الشيخ الإمام نجم الدين النسفي هذه الرواية عن الإمام وقال الصحيح أن قول الإمام كقولهما

وفي الخانية وقولهما احتياط اه

وفي المتقى عن أبي يوسف لو غصب أرضا وبنى فيها حوانيت ومسجدا وحماما فلا بأس بالصلاة في ذلك المسجد وأما الحمام فلا يدخل ولا تستأجر الحوانيت

وقال هشام أنا أكره الصلاة فيه حتى يطيب اربابه وأكره شراء المتاع من أرض غصب أو حوانيت غصب اه

وأشار المؤلف إلى أن التغيير بعدما وضع اليد في المثلي فلو كان قبله تجب القيمة

قال القدوري صب ماء في طعام (((الطعام))) فأفسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه مثله وكذا لو صب ماء في دهن أو زيت لا يجوز أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء لأنه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب الماء فعليه مثله اه

وفي الذخيرة وإن باع رجل شيئا ثم إن البائع (((باع))) فعل بعض ما وصفنا فكل شيء كان الغاصب فيه مستهلكا للعين ولم يكن للمغصوب منه أن يأخذه فكذا ليس للمشتري أن يأخذه وكل شيء لم يكن الغاصب فيه مستهلكا وكان للمغصوب منه أن يأخذه فللمشتري أن يأخذه اه

وفي الفتاوى لو غصب حنطة فاتخذها كشكا فلصاحبها أخذها ورد ما زاد فيها من اللبن واستشكله بعض أهل العصر وهو الصحيح لأنه زال اسمها وعظم منافعها وأجيب بأن المراد إذا سقى الحنطة اللبن من غير طحن أما إذا طحنها فقد ملكها ويرد مثلها

قال رحمه الله (وبناء على ساجة) يعني إذا بنى على الساجة زال ملك مالكها عنها وأطلق في العبارة فشمل ما إذا كانت قيمة الساجة أكثر أو قيمة البناء

وقال في الذخيرة هذا فيما إذا كان قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة

وأما إذا كان قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلا يملكها وله أخذها والظاهر من التقييد بالبناء على الساجة أنه لو بنى على الأرض التي لا يتصور غصبها لا يملكها

وفي المضمرات ولو غصب أرضا وبنى فيها وقيمة البناء أكثر من قيمة الأرض لا سبيل للمغصوب منه على الأرض ويضمن الغاصب قيمة أرضه وهكذا روي عن أبي القاسم الدباسي وفي الحاوي غصب من آخر دارا أو أرضا وبنى فيها بناء أو زرع فقلع صاحبها الزرع وهدم البناء لا يضمن بشرط أن لا يكسر خشب الغاصب ولا آجره

وفي الأصل غصب أرضا وبنى فيها فجاء صاحب الأرض وأخذ الأرض فأراد الغاصب أن يأخذ الحائط فإن كان الغاصب بنى الحائط من تراب هذه الأرض

". (١)

"والثاني شرعا والثالث في بيان دليلها والرابع في بيان سببها والخامس في ركنها والسادس في شرطها والسابع في حكمها وصفتها فهي لغة مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر وشرعا ما يذكره المؤلف ودليلها ما روي أن عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعه أو حائطه (((حائط))) وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره وسببها دفع الضرر الذي ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث إيقاد النار وإعلاء الجدار وإثارة الغبار

وركنها هو الأخذ من المشتري أو من البائع

وشرطها كون المحل عقارا علوا كان أو سفلا مملوكا ببدل هو مال

وأما حكمها فهو جواز طلب الشفعة عند تحقق سببها

وصفتها أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والشرط

قال رحمه الله (هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه) هذا في الشرع وزاد بعضهم شركة أو جوار (((جوارا)))

فقوله تمليك جنس شمل تمليك العين والمنافع وقوله البقعة فصل أخرج به تمليك المنافع

وقوله جبرا أخرج به البيع فإنه يكون بالرضا وقوله بما قام عليه يعني حقيقة أو حكما كما سيأتي في الخمر وغيره والمراد تمليك البقعة أو بعضها ليشمل ما إذا اشتراها أحد شفعائها لها ففي التتارخانية اشترى الجار دارا ولها جار آخر من جانب آخر وطلب الشفعة تقسم الدار بين الشتري (((المشتري))) والجار نصفين

---

(١) البحر الرائق، ١٣١/٨

وفي التتارخانية وإنما تجب في الأراضي التي يملك رقابها حتى لا تجب في الأراضي التي حازها الإمام لبيت المال وتدفع للناس مزارعة فصار لهم فيها بناء وأشجار فإن بيع هذه الأراضي باطل وإنما تجب بحق الملك في الأراضي حتى لو بيعت دار بجنبها دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولي

قال ابن قاضي (((القاضي))) زاده إذا كان حقيقة الشفعة التمليك لزم أن لا يكون لقوله الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد صحة إذ الثبوت لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد الأخذ **بالتراضي** ولا بقضاء القاضي ولم يوجد التمليك أيضا فعل (((فعلى))) تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التمليك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالإشهاد

وأيضا قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز الطلب وثبوت الملك بالقضاء أو **بالتراضي** فلو كان نفس التمليك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو **بالتراضي** لأن يكون حكما للشفعة

أما الأول فلأنه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى ملك المنفعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشيء يقارنه أو يعقبه فالأظهر عندي في تعريف الشفعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اه

والجواب أن المراد بالوجوب والاستقرار استقرار حق الأخذ لا نفسه وقولهم حكم الشفعة جواز الطلب يعني حكم حق الأخذ فلا إيراد

قال رحمه الله (وتجب للخليط في نفس المبيع) يعني تثبت للشريك في نفس المبيع لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل الشركة (((شركة))) لم تقسم ربعه واعترض بأن الحديث وإن دل على بعض المدعي وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الآخر إلا أنه يبقى بعضه الآخر وهو ثبوتها لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق لأن اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند إليه بلام (((فاللام))) الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند فاقتضى انتفاء حق الشفعة من غير الشريك كالجار

والجواب أن ثبوت حق الشفعة للجار أفاده حديث آخر فظهر أن القصر غير حقيقي

قال رحمه الله (وتجب للخليط في نفس المبيع ثم في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصا (((خاصم))) ثم للجار الملاصق) يعني يثبت بعد الأول للشريك في حق المبيع كالشرب والطريق أما الطريق فقد تقدم دليله وأما الجار فلقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره وإنما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه وكل ما كان أكثر اتصالا كأن أخص ضررا وأشد فكان أحق بها لقوة الموجب لها فليس للأضعف أن يأخذه مع وجود الأقوى إلا إذا ترك فله أن يأخذ إن شهد

وقال الشافعي لا تجب للجار

وقوله إن كان خاصا يعني الشرب والطريق وإن لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة

والطريق الخاص أن يكون غير نافذ وإن كان نافذا فليس بخاص وإن كانت سكة غير نافذة (((نافذ))) يتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلي فلأهلها الشفعة لا غير وإن بيعت في العليا كان لهم وللعليا جميعا لأن في العليا حقا

". (١)

"إذا لم ينكر فلا يحتاج فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بترك الإشهاد إذا لم ينكر مع أن الظاهر من كلامهم بطلانها بترك ذلك مطلقا

قلت وقت الإشهاد متقدم على وقت الخصومة ففي إنكار وقت الإشهاد إنكار الخصم طلبه وعدم إنكاره غير معلوم فإذا ترك الإشهاد في ذلك الوقت لم تعلم رغبته فيه بل يحتمل إعراضه فلذا تبطل الشفعة بترك الإشهاد مطلقا

قال رحمه الله (وتملك بالأخذ **بالتراضي** أو قضاء القاضي) قوله أو قضاء القاضي معطوف على الأخذ لا على **التراضي** لأنه بالقضاء ثبت الملك فيها قبل الأخذ يعني يملك الدار بأحذ (((بأحد))) هذين الأمرين إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لأن ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الشفيع إلا برضاه أو بحكم الحاكم لأن للحاكم ولاية عامة إلا إن أخذ الشفعة بقضاء القاضي أحوط حتى كان للشفيع أن يمنع عن الأخذ إذا سلم المشترى له بغير قضاء لأن في القضاء زيادة فائدة وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين ملكه له فإذا كانت تملك بأحد الأمرين لا يثبت له فيها شيء من أحكام الملك قبله حتى لا تورث عنه إذا مات في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله تعالى أعلم

باب طلب الشفعة لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه زاد في الهداية والخصومة فيها ووجهه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائد (((سائر))) الخصومات شرع في بيانها أيضا

قال رحمه الله (فإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب) وهو طلب المواثبة وسمي به لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولا بد منه لما بينا والشرط أن يطلب إذا علم على الفور من غير تأخير ولا سكوت لأن سكوته بعد علمه يدل على رضاه بالمشتري فتبطل شفعته إذا كان بعد العلم بالمشتري والثمن لأن السكوت إنما يكون دليل الرضا بالعلم بها فإذا أخبر بحضرة شهود يشهدهم عليه وإن لم يكن بحضرته أحد يطلب من غيره إشهاد

---

(١) البحر الرائق، ١٤٣/٨

والإشهاد لمخالفة الجحود والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى ولتمكنه من الحلف إذا حلف ولئلا يكون معرضا عنها وراضيا وكون الطلب متصلا يعني على الفور هذا عند عامة المشايخ

وروى هشام عن محمد أن له التأمل إلى آخر المجلس كالمخير لأنه تملك ولا بد من التأمل وهو اختيار الكرخي وبعض المشايخ

وفي التجريد وهو أصح الروايتين

وفي الفتاوي العتابية ولو سكت مكرها لا يبطل

وكيفية الطلب على الصحيح أن يكون بلفظ الماضي أو المستقبل إذا كان لفظه يفهم منه طلب الشفعة

وفي الظهيرية شفعته لي كان ذلك طلبا

ومن الناس من لو قال طلبت وأخذت بطلت شفعته لأن كلامه وقع كذا (((كذبا))) في الابتداء

والصحيح أنه لا يبطل لأنه أنشأ عرفا

ولو قال بعد ما بلغه الخبر الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم أو سبحان الله تبطل شفعته على ما اختاره الكرخي لأن الأول حمد على الخلاص والثاني تعجب والثالث لافتتاح الكلام ولا يدل شيء منها على الإعراض

وكذا إذا قال من ابتاعها أو بكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن وكذا لو قال خلص الله ولا يجب الطلب حتى يخبره رجلان عدلين أو واحد عدل أو رجل وامرأتان لأنه فيه التزام من وجه فيشترط له أحد شطري الشهادة هذا قول الإمام

وعندهما يجب عليه الطلب إذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا إذا كان الخبر حقا ولو أخبر (((أخبره))) المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالإجماع كيفما كان لأنه خصم والعدد والعدالة لا تعتبر في الخصم

قال رحمه الله (ثم على البائع لو في يده أو على المشتري أو عند العقار) وهذا طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الأخذ ولا بد من هذه الثلاثة ولا بد من الإشهاد في هذا لأنه يحتاج إليه لأثباته عند القاضي كما تقرر

ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة ظاهرا حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه بحضرة الشهود والمشتري والبائع حاضر وكان ذلك عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره شيخ الإسلام

وفي العناية ولو باع إلى أجل فاسد فعجل المشتري الثمن جاز البيع وثبتت الشفعة وكذا إذا باع الأرض وفيها زرع وفي الخيار المؤبد والأجل إلى القطاف جاز أخذه بالشفعة فإن لم يطلب بطلت

وإذا اشترى رجل من أهل البغي دارا من رجل في عسكر أهل العدل فإن كان لا يقدر أن يبعث وكيلا ولا يدخل بنفسه وهو على شفعته ولا يضره ترك طلب الإشهاد وإن كان يقدر على ذلك

". (١)

---

(١) البحر الرائق، ١٤٦/٨

"كما لو طلبوا قسمة البئر والرحى والحائط والحمام لأن القسمة لتكميل المنفعة وفي قمسة (((قسمة))) هذا تفويت فيعود على موضعه بالنقص ولأن الطالب للقسمة متعنت ويريد إدخال الضرر على غيره فلا يجبه (((يجيبه))) الحاكم إلى ذلك لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز **بالتراضي** لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم لكن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوه منه لأن القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه لا سيما إذا كان فيه إضرار وإضاعة مال لأن ذلك حرام ولا يمنعهم (((يمنع))) منه

اه

كلام الشارح

لكن ظاهر المتن أن القاضي يقسم عند رضاهم

وفي الينابيع والذخيرة ذكر شيخ الإسلام أن القاضي لا يقسم وبعض المشايخ قال يقسم فظهر أن في المسألة روايتين

قال رحمه الله (وإن انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط) يعني يقسم بطلب صاحب الكثير كذا ذكره صاحب الخصاف ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والإنصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه إلى ذلك ولا يعتبر ضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع بحقه مع أنه متعنت في طلب القسمة فلا يشتغل القاضي بما لا يفيد

وذكر الجصاص أنه إن طلب صاحب القليل قسم وإن طلب صاحب الكثير لا يقسم وذكر الحاكم أيهم طلب القسمة يقسم القاضي

والأصح ما ذكر الخصاف لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم

ولم يتعرض المؤلف لما إذا كان كل واحد منهم لا ينتفع قال في المبسوط بيت بين رجلين أراد أحدهما القسمة وامتنع الآخر وهوصغير لا ينتفع به واحد منهما لا يجيبهما القاضي إلى ذلك والأصح أنه لا يقسم إلا إذا طلب صاحب الكثير خاصة ومنهم من صحح ماذكره الحاكم والأول أصح اه

قال رحمه الله (ويقسم العروض من جنس واحد) لأن اعتبار المبادلة في المنفعة المالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضي الإجبار عليهما

قال رحمه الله (ولا يقسم الجنسين والجواهر) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعمل **التراضي** دون جبر القاضي ولهذا قيد **بالتراضي**

وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحشة ألا ترى أنه لا يصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع

وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل إن اختلف جنسهما لا يقسم وإن اتحد يقسم كسائر الأجناس

وفي العتابية والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة مختلفة الجنس فلا يقسمها جبرا وكذلك الأثواب المتخذة من القطن والكتان إذا اختلف بالصنعة كالقباء والجبة والقميص كذلك وفي مختصر خواهر زاده ولا يقسم السرج ولا الفرس ولا المصحف وفي التجريد لو أوصى لهما بصوف على ظهر غنم أو لبن في ضرع أو بما في بطون الغنم لا يقسم قبل الجز والحلب والولادة

وفي الخانية إذا كان بين رجلين ثوب مخيط لا يقسم القاضي بينهم ولو غير مخيط فاقتسماها طولا أو عرضا جازت القسمة

قال رحمه الله (والرقيق والحمام والبئر والرحى إلا برضاهم) أما الرقيق فالمذكور هنا قول الأمام

وعندهما يجوز لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الإبل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين

وللإمام أن التفاوت بينهما فاحش لتفاوت المعاني الباطلة كالدهن والكياسة بخلاف سائر الحيوانات لأن الانتفاع بهما لا يختلف إلا شيئا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوانات جنس واحد فلا يجوز القياس وقسمة الغنائم تجري في الأجناس فلا تلزم وهذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء آخر من العروض وهم ذكور فقط أو أناث فقط وأما إذا كانوا مختلطين بين الذكور والإناث لا يقسم بالإجماع لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد

وإن كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالإجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شيء يدخل تبعا وإن لم يجز دخوله قصدا

وأما الحمام والبئر والرحى فلما ذكر من إلحاق الضرر بالكل

ولو اقتسما الحمام أو البئر بأنفسهم جاز ولكل واحد نوع منفعة بأن يتخذ نصيبه من الحمام بيتا وإن طلبا جميعا القسمة من القاضي هل يقسم فيه روايتان في رواية لا يقسم لأنها تضمنت

". (١)

"تفويت منفعة وليس للقاضي ذلك لأنه يكون سفها يمكنه وفي رواية يقسم لأنهم رضوا بذلك وإليه أشار في الكتاب لأنه فيه نوع منفعة كذا في المحيط

وفي التتارخانية وإذا كانت قناة أو بئر أو نهر وليس معه أرض فأراد بعض الشركاء القسمة فإنها لا تقسم وإذا كانت أرض لها شرب قسم الأرض وترك الشرب والقناة والبئر كالشركة

---

(١) البحر الرائق، ١٧٢/٨

وفي الخلاصة ولكل منهما شربة فإن كان يقدر كل واحد منهما أن يجعل أرضه شربا من موضع آخر قسم ذلك كله فيما بينهم

وفي الأصل لو كانت أنهارا وآبار (((وآبارا))) الأرض (((لأرض))) مختلفة قسم الآبار والعيون والأراضي اه

وفي النوادر ولو قسم البئر بالجبال جاز لأن التفاوت فيها قليل اه

قال رحمه الله (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل على حدة) أما الدور المشتركة فالمذكور ههنا قول الإمام

وقالا تقسم الدور بعضها في بعض إذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لأنهم جنس واحد نظرا إلى اتحاد الإسم والصورة وأصل السكنى جنسان نظرا إلى اختلاف الأغراض وتفاوت السكنى

وإذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر لقلة نصيبه

وللإمام أن الدور أجناس مختلفة لاختلاف المقصود باعتبار المحال والجيران والقرب من المسجد فكان اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد في دار إلا **بالتراضي** والإبل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع بين الأجناس كماذكرنا بخلاف الدور والمنازل المتلازقة (((المتلازمة))) كالبيوت والساحة كالدور لأنه بين البيت والدار فأخذ حظه من كل واحد منهما

والدور في مصرين لا تقسم بالإجماع وأما الدور والضيعة والدار والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف

وفي رواية الأصل ما يشير إلى أنه يجوز اه

قال رحمه الله (ويصور القاسم ما يقسمه) أي يكتب على قرطاس ليمكنه حفظه

قال في العناية يكتب أن نصيب فلان كذا وفلان كذ إن أرادوا رفع تلك الكاغضة إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه

قال رحمه الله (ويعد له) أي يسويه على سهام القسمة ويروي ويعزله حتى يقطعه بالقسمة عن غيره

قال رحمه الله (ويذرعه ويقوم البناء) لأن قدر الساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتها ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من ذرع الأرض وتقويم البناء

قال رحمه الله (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لأن القسمة تكميل المنفعة وبه يكمل لأنه إذا لم يفرز يبقى نصيب بعضهم متعلقا بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الأفضل فإذا لم يفرزه أو لم يمكن جاز

قال رحمه الله (ويلقب الأنصباء بالأول والثاني والثالث ويكتب أسماءهم ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والقرعة لتطييب قلوبهم فلو أقسم (((قسم))) الإمام بلا قرعة جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام فيه

وكيفيته أن ينظر إلى أقل الأنصباء فقدر (((فيقدر))) به آخر السهام حتى إذا كان العقار بين ثلاث لأحدهم النصف وللآخر الثل (((الثلث))) وللآخر السدس جعلها أسداسا لأنه أقل الأنصباء فيكتب أسماء الشركاء في بطاقات ويجعلها شبه البندقة ثم يخرجها حتى إذا نشفت (((انشقت))) وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في كمه أو وعاء (((وعي))) فيخرجها واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني ومن خرج ثالثا فله السهم الثالث إلى أن ينتهي إلى الأخير فإن خرج أولا في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف فإن له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول وإن خرج ثانيا كان له كذلك من الجانب الذي يلي اللأول وإن خرج ثالثا كان له كذلك من الجانب الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم

لا يقال تعليق الإستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام ولهذا لم يجز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعين العتق والمطلقة لأنا نقول لا يحصل الإتسحقاق (((الاستحقاق))) لأن الاستحقاق كان ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية الزام كل واحد منهم وإنما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به ما لم يكن لهم قبل لا مثل هذه بل هذه مشروعة كما أخبر الله سبحانه وتعالى عن يونس وزكريا عليهما (((عليهم))) الصلاة والسلام كما قال الله تعالى ﴿ إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل ﴾ آل عمران ٤٤ الآية وقوله تعالى ﴿ فساهم فكان من المدحضين ﴾ الصافات ١٤١ الآية

ولقائل أن يقول بين أول كلامهم وآخره تدافع لأنهم صرحوا أولا بأن مشروعية استعمال القرعة هنا جواب استحسان والقياس يأبى ذلك وقالوا آخرا أن هذا ليس بقمار وبينوا الفرق بينه وبين

". (١)

"القمار وذكروا له نظائر في الكتاب والسنة فقد دل على أنه لا يأباه القياس أصلا بل هو يقتضيه القياس أيضا فتدافعا اه

قال رحمه الله (ولا تدخل في القسمة الدراهم إلا برضاهم) يعني جماعة في أيديهم عقار فطلبوا القسمة وفي أحد الجانبين فضل عن الآخر فأراد أحدهم أن يدفع عوضه من الدراهم والآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة لأنه لا شريك له فيها ويفوت به التعديل في القسمة لأن بعضهم يصل إلى عين المال المتشرك (((المشترك))) في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى وإذا كان أرض وبناء فعن الثاني أنه يقسم باعتبار القيمة لأنه يمكن اعتبار التعديل فيه إلا بالتقويم لأن تعديل البناء لا يمكن إلا بالمساحة والمساحة هي الأصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه قيمة البناء أو من كان أجود دراهم على الآخر فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج

---

(١) البحر الرائق، ١٧٣/٨

وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية فيه بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ ترد الدارهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل وهو القسمة بالمساحة إلا بالضرورة وهذا يوافق رواية الأصل

وفي المحيط ولو رفع القسمة على أن يزيد أحدهما شيئا معلوما فلا يخلو إما أن يكون المشروط دراهم أو دنانير أو مكيلا أو موزونا أو عروضا أو حيوانا فإن كان المشروط دراهم معلومة جاز بأن كانت مشروطة لتعديل الأنصباء فيجوز **بالتراضي** وإن كانت الزيادة مشروطة لتقع القسمة على المفاضلة فيكون بيعا من كل وجه وهو جائز بتراضيهما وإن كانت الزيادة مكيلا أو موزونا ولم يسم مكان الإيفاء لم تجز عند الإمام وعندهما تجوز ويسلمها عند الدار كما في السلم وإن كانت الزيادة عرضا يجوز السلم فيها كالثوب جاز مؤجلا ولا يجوز حالا وإن كان عروضا لا يجوز السلم فيه وإن كان حيوانا بعينه جاز وبغير عينه لا يجوز

ثلاثة بينهم دور صغرى وكبرى فأخذ أحدهم الكبرى على أن يرد على الآخرين دراهم مسماة جاز وكذلك لو أخذ الكبرى بنصيبين والصغرى بنصيب جاز

ولو اقتسموا الباب على أن من أصابه هذا رد ردهما (((درهما))) ومن أصابه هذا رد درهمين جاز

ولو اقتسموا الأراضي على أن من أصابه شجر (((شجرا))) ونبت في أرضه فعليه بقيمته دراهم جاز ولو اقتسما على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض والنحاس والدين على أنه إن بقي عليه شيء من الدين يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة اه

قال رحمه الله (وإن قسم ولأحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة) لأن المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق الغير فإذا أمكن حصل المقصود وإلا لم يحصل فتعين الفسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد فيما إذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق ومن مسيل الطريق الماء لأن المقصود ملك الرقبة ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة

ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول وهو ما إذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما إذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه إن أمكن كما تقدم إلا إذا قال خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لأنه أثبت له بأبلغ وجوه الإثبات بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص

واختفلوا (((واختلفوا))) في إدخال الطريق في القسمة بأن قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة ينظر فيه الحاكم فإن كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للإقرار من كل وجه وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكيمل (((تكميل))) المنفعة فيما وراء الطريق

ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض الباب بطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه إن كان فوق الباب لا فيما دونه لأن باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه وفي هذا القدير (((القدر))) كفاية في الدخول

ولو شرطوا أن يكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وإن سهامهم في الدار متساوية لأن القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الأموال الربوية جائزة وإن كان ذلك أرضا يرفع قدر ما يمر به نور (((ثور))) لوقوع الكفاية به في المرور

ولم يذكر

". (١)

"ذراع بذراع وإن كان قسمة أحدهما أعلى من الآخر يحسب الذي قيمته أعلى على النصف ذراع (((ذراعا))) بذراعين من الآخر حتى يستويا في القسمة (((القيمة)))

وفي الذخيرة فإن قيل كيف يقسم العلو من السفل قسمة واحدة عند الإمام ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة إن لم تكن في دار واحدة قلنا موضوع المسألة أنهما كانا في دار واحدة والبنيان في دار واحدة وإنما يقسم عند الإمام رضي الله تعالى عنه وإن كان في دارين بطريق التراضي فلهذا قيد في النهاية بما سبق

وعلم من قولهقوم كل على حدة أن البناء لا يقسم بالذراع قال وإن قسما دارا فإنه يقسم العرصة بالذراع ويقسم البناء بالقيمة

ثم هذا على ثلاثة أوجه فتارة يقسما الأرض نصفين ويشترطا أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه نصف قيمة البناء وقيمة البناء معلومة أو اقتسموا ذلك وقيمة البناء غير معلومة بأن اقتسموا الأرض ولم يقتسموا البناء فإن اقتسموا الأرض وشرطا في البناء كما تقدم فيكون بيعا مشروطا في القسمة وهذا البيع من ضرورات القسمة فيكون له حكم القسمة فيجوز وإن لم تعرف قسمة البناء واقتسموا كذلك جاز استحسانا ويفسد قياسا لجهالة ثمن البناء

وجه الاستحسان أن القسمة لاقت العرصة ولا جهالة فيها ومن وقع في نصيبه يتملك على صاحب نصف البناء القيمة فيها ضرورة

وإن اقتسما الأرض ولم يقتسما البناء جازت القسمة ثم يتملك من وقع البناء في نصيبه نصف البناء فالقيمة لأنه لا وجه لإبقاء البناء مشتركا لأن صاحب الأرض يتضرر به ولا وجه لدفع الضرر إلا بتملك الأرض وتملك بالبناء بالقيمة لأنه أقل ضررا من تملك الأرض بالقيمة من غير رضا صاحبها كالغاصب إذا صبغ الثوب يتملك صاحب الثوب الصبغ دون صاحب الصبغ كذا في المحيط

---

(١) البحر الرائق، ١٧٤/٨

هذا إذا اقتسما الأرض فلو وقع القسم في الأرض لواحد والبناء لآخر قال دار بين رجلين فاقتسما على أن يأخذ أحدهما الأرض والآخر البناء ولا شيء له من الأرض فهذا على ستة أوجه إذا شرطا في القسمة على أن من له البناء يكون مشتريا نصيب صاحبه من البناء بما تركه على صاحبه من الأرض فإن سكتا عن القلع أو شرطا ذلك جازت القسمة وإن شرطا الترك فالقسمة فاسدة كذا في الكافي وفي الذخيرة يجب بأن يعلم أن الملك لا يقع لواحد من الشركاء بنفس القسمة بل يتوقف ذلك على أحد معان إما القبض أو قضاء القاضي أو الفرقة اه

وفي المحيط أرض ودار بين اثنين فأحدهماأخذ الدار والآخر الأرض على أن يرد صاحب الأرض عليه عبدا قيمته ألف وقيمة الدار ألف وقيمة الأرض ألفان فباع صاحب الدار داره فاستحق علو بيت والبيت والعلو عشر الدار يرجع المشتري على البائع بنصف عشر الدار ومسك الباقي فإن صاحب الدار يرجع بستة عشر درهما وثلثي درهم من قيمة الأرض على صاحب الأرض عند الإمام

وقال أبو يوسف يرجع بذلك في رقبتها

قال رحمه الله (ويقبل شهادة القاسمين أن اختلفوا) يعني إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى نصيبه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي أو غيره وهذا عند الإمام والثاني

وقال محمد لا تقبل وهو قول الثاني أولا به (((وبه))) قال الشافعي

وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده على فعل فلان فشهد ذلك الغير على فعله

ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لأن فعلهما التميز (((التمييز))) لا غير ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز

وقال الطحاوي إن اقتسما الأجرة لا تقبل شهادتهما بالإجماع وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجر (((استؤجرا))) عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل

قلنا هنا لم يجرا بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعا لأن الاخصام يوافقاهما على إيفاء العمل وهو التمييز وإنما الخلاف في الإستيفاء فانتهت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل شهادته لأن شهادة الفرد غير مقبولة ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال فيقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر إذا كان منكرا

قال رحمه الله (ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لا يصدق إلا ببينة) لأن القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل إلا بحجة وإن لم يقم ببينة استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك فإذا أنكروا حلفوا عليه

ولقائل أن يقول لو صح هذا الدليل لوجب

." (١)

"تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره مع أنه لا يحلف عند الإمام ومحمد

الجواب أن يقال أن هذا إذا أقر المقر له أن المقر كذب في إقراره فلو لم يقر المقر له أنه كذب في إقراره لزمه ذلك ولا يظهر فيه أنه لو أنكر استحلف كما لو قالوا فيما نحن فيه لا أنه إذا أنكر كان مصدقا في إقراره فافترقا ومن حلف منهم لم يكن عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب الآخر المدعي فيقسم على قدر حقوقهما فيه

قالوا وينبغي أن لا يقبل دعواه أصلا لأنه متناقض وإليه أشار من بعد حيث شرط التحالف إن لم يشهد على نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك إلى أنه لو شهد على نفسه بذلك لا يتحالفان لأن دعواه لم تصح للتناقض فإذا منع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا

قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد أن نقل ما نقل صاحب الهداية وينبغي إلى آخره

وفي المبسوط وقاضيخان ما يؤيد هذا ا هـ

وقال وأما ما لا يوجب التحالف ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وهو ما إذا أقر كل واحد منهما بالاستيفاء ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه غصب شيئا من نصيبه إلى آخر ما ذكرناه أولا قال وهكذا المكيل والموزون والمذروعات إلا أن يكون في المكيل والموزون متى ثبت الغلط بالبينة لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهم لأنه لا ضرر في قسمة الباقي فأما في الأشياء المتفاوتة تعاد للقسمة ولا يقسم الباقي

وفي التجريد والأصل وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة وهو نوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف فالذي يوجب التحالف أن يدعي أحدهما غلطا في القسمة على وجه لا يكون مدعيا للغصب بدعوى الغلط كمائة شاة بين رجلين اقتسماها ثم قال أحدهما لصاحبه صابك خمس وخمسون غلط (((غلطا))) وأنا خمس وأربعون ولم تقم لواحد منها بينة وهذا كله إذا لم يسبق منهما إقرار بالاستيفاء أما إذا سبق منهما إقرار بالاستيفاء لم تسمع إلا من حيث دوعى (((دعوى))) الغصب وهي التي لا توجب التحالف ا هـ

قال رحمه الله (وإن قال استوفيت وأخذت بعضه كان القول قول الخصم مع اليمين) لأن يدعي عليه الغصب وهو ينكر والقول قول المنكر قال ولو اقتسما مائة شاة وقبضا ثم ادعى أحدهما على صاحبه أنك أخذت خمسة من نصيبي غلطا وأنكر الآخر وقال اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون فالقول قوله مع يمينه لأن القسمة قد تمت ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه أخذ خمسة غلطا وأنكر الآخر فإن قامت بينة عمل بها وإلا استحلف المدعي عليه كذا في المحيط ففي المسألة الأولى خو مدعي الأخذ بطريق الغصب وفي هذه الأخذ بطريق الغلط فافترقا

---

(١) البحر الرائق، ١٧٦/٨

قال رحمه الله (وإن لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم إليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لأن الاختلاف فيما يحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في البيع والثمن ا هـ

ولا (((ويخفى))) يخفى أنه يبدأ بيمين أيهما شاء

ولقائل أن يقول التحالف في البيع فيما إذا كان قبل القبض على وفاق القياس كما علم في محله وأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن أحدهما لا يدعي على الآخر شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه والآخر يدعي ولكنا عرفناه في البيع بالنص وفيما نحن فيه بالتحالف مخالف للقياس لأن كلا منهما ليس مدعيا وهو وارد في البيع بعد القبض على خلاف القياس وقد تقرر أن ما ورد على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس ولا يمكن إلحاقه بطريق دلالة النص لأن القسمة ليست في معنى البيع من وجه إذ فيها معنى الإقرار والمبادلة معا فليتأمل في الجواب قال فإن أراد أحدهما القسمة بعد التحالف فليس له ذلك لأنه لا يمكن لأنها لا تكون إلا بالقرعة وقد يقع نصيب أحدهما في جانب الآخر فيتضرر

وقال في موضع آخر ولو أقام أحدهما بينة عمل بها ولو أقام بينة عمل بالبينة التي هي أكثر إثباتا كذا في المحيط

وقيد أيضا قسم القسام الدار فأعطى أحدهما (((أحدهم))) أكثر من حقه غلطا وبنى فيها فإنهم يستقبلون القسمة فإن وقع البناء في قسم غيره دفع نقصه ولا يرجع على القاسم بقيمة البناء ويرجعون عليه بالآجر الذي أخذه وإذا قسما دورا وأخذ أحدهما دارا والآخر أخرى ثم ادعى أحدهما غلطا وجاء بالبينة فإنه ينقص (((ينقض))) القسمة ا هـ

قال رحمه الله (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ) وهذا إذا كانت بقضاء القاضي فظاهر لأن تصرفه مقيد بالعدل والنظر وأما إذا كان **بالتراضي** فقد قيل لا يلتفت إلى قول مدعيه لأن دعوى الغبن لا تعتبر في البيع فكذا في القسمة لوجود **التراضي** وفيه يفسخ هو

". (١)

"فكذا المنفعة

وأما عند الإمام فروي عنه أنها لا تجوز إلا **بالتراضي** لأن قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا المهاياة والأصح أن القاضي يهايؤ (((يهايئ))) بينهما جبرا بطلب أحدهما لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تهايآ على أن نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا لأن العادة جرت بالتسامح فيها بخلاف كسوة المماليك لأنها لا تسامح فيها عادة وقيد بقوله خدمة عبد لأنه لا يجوز التهايؤ في غلة عبد واحد كذا في المحيط

وقيد بقوله خدمة عبدين لأنهما لو تهايآ في غلتهما لم يجز عند الإمام وعندهما يجوز إذا استوت الغلتان

---

(١) البحر الرائق، ٨/١٧٧

لهما أن تفاوت العبدين في الغلة يسير فيجوز عند الاستواء بخلاف العبد الواحد فإنها فاحشة فإن العبد المستأجرة (((المستأجر))) في الشهر الأول لا يستأجر في الشهر الثاني بمثل ما استؤجر في الأول بل بزيادة

وفي السراجية تحل بين شريكين اقتسما على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة ويثمرها جاز ا هـ

وفي المنتقى جاريتان بين رجلين تهايآ على أن ترضع هذه ابن هذه سنتين وترضع هذه ابن هذه سنتين جاز قالوا ولا يشبه هذا لبن البقر والإبل وعلل فقال ألبان الإنسان لا قيمة لها ولا تقسم وألبان البهائم تقسم ولها قيمة

وفي الخانية رجلان تواضعا في بقرة على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها كان باطلا ولا يحل فضل اللبن لأحدهما وإن جعله صاحبه في حل لأن هذا هبة المشاع فيما يقسم إلا أن يكون صاحب الفضل استهلك الفضل فإذا جعله صاحبه في حل كان إبراء عن الضمان فيجوز أما حال قيام الفضل يكون هبة أو إبراء عن العين وهو باطل

وفي الكافي غنم بين اثنين واتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يرعاها وينتفع بألبانها لم يجز والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بالوزن المعلوم ا هـ

وفي الكافي ولو تهايآ في مملوكين استخداما فمات أحدهما أو أبق انتقضت المهايأة بخلاف ما إذا استخدمه شهرا إلا ثلاثة أيام لو أبق فيه ثلاثة أيام فإنه ينتقض ولو أبق أحد الخادمين في خدمة من شرط له الخادم أو انهدم الحائط فلا ضمان عليه ا هـ

ولو ولدت منه صارت أم ولد وانقضت المهايأة كذا في المحيط

ولو كان بينهما عبد وأمة فتهايآ فيهما صح ذلك كذا في الأصل

والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة لا يجوز عند الإمام وعندهما يجوز وظاهر عبارة المؤلف أنه يشترط لصحة التهايؤ اتحاد المنفعة وفي المحيط ما يخالفه قال في المحيط ولو تهايآ في دار ومملوك على أن يسكن هذا الدار سنة والآخر يخدمه العبد سنة جاز استحسانا ا هـ

قال رحمه الله (وفي غلة عبد وعبدين أو بغل وبغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمر شجرة أو لبن شاة لا) يعني لا يجوز في هذه الأشياء التهايؤ

أما في عبد واحد أو بغل واحد فيجوز فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية وقد مر بيانه

ولو زادت غلة الدار في نوبة أحدهما يشتركان في الزيادة تحقيقا للمساواة بخلاف التهايؤ في المنافع فتعتبر المعادلة فيها إلا في الغلة وبخلاف ما لو تهايآ في الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان لأن معنى الإقرار راجح في الدارين فلا تعتبر الغلة وأما لو تهايآ في استغلال عبدين أو بغلين فالمذكور هنا قول الإمام وعندهما يجوز لإمكان المعادلة فيها

وللإمام أن التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لعدم إمكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لأنه يمكن قسمتها لأنه عين مال ولأنه يتغير بالاستغلال بخلاف الدارين لأن الظاهر عدم التغير في العقار

وجملة مسائل التهايؤ اثنى (((اثنا))) عشر مسألة ففي استخدام عبد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الأصح وفي استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما خلاف والأظهر أنه يجوز بالاتفاق وفي ركوب بغل أو بغلين على الخلاف ولا يجوز في استغلال عبد واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف أما التهايؤ في ثمر شجرة أو لبن غنم فإنها أعيان باقية ترد عليهما القسمة عند حصولها فلا حاجة إلى التهايؤ لأن التهايؤ في المنافع ضرورة بخلاف لبن بني آدم حيث يجوز التهايؤ فيه كما تقدم وتقدم بيان الحيلة في ذلك قال ولم يذكر في الكتاب المهايأة على لبس الثوبين قال بعض مشايخنا لا يجوز عند الإمام خلافا لهما لأن الناس يتفاوتون في اللبس تفاوتا فاحشا كذا في المحيط

لو كان عبدان بين رجلين غاب أحدهما فجاء أجنبي وقاسم الشريك وأخذا (((وأخذ))) عبدا للغائب فقدم الغائب

". (١)

"بالإعتاق أتلف حق الغريم وهو الزوج

ولو استحق عبدا (((عبد))) ابتاعه الميت فرجع المشتري في ميراث الميت بالدين لم يجز الرهن لأنه ظهر أن الرهن وقع وعلى الميت دين لأنه ظهر أن ما قبض الميت من الثمن كتن دينا عليه للمشتري لأنه لم يجب له على المشتري مثل ذلك

قال رحمه الله (وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون) والمراد (((المراد))) بالحجرين الذهب والفضة وإنما جاز رهن هذه الأشياء لإمكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن

وفي المبسوط إذا كان الرهن مثل الدين كيلا أو وزنا أو أكثر قيمة (((وقيمته))) مثل قيمته أو كثر (((أكثر))) ذهب بما فيه لأنه صار مستوفيا لمثل حقه وإن كان أقل قيمة منه لم يذهب بالدين ويضمن المرتهن مثله ويأخذ منه دينه وكذلك إذا فسد

ولو رهنه كحنطة (((كر))) يساوي مائة بكر دقيق يساوي مائة فضاع الدقيق دفع المرتهن مثله ولم يذهب بالحنطة لأنه أقل كيلا منها وكذلك إذا فسد أو رهنه كرا جيدا بكرين رديئين والرهن يساوي كرا ونصفا منها فهلك قال زفر رحمه الله تعالى يذهب بكر رديء لأنه لا عبرة بالوجود (((بالجودة))) في أموال الربا فصار الكر الجيد رهنا بكرين رديئين نصفه بهذا ونصه (((ونصفه))) بذاك

وقال أبو يوسف إن شاء ضمنه مثلي كره وأعطاه الدين وإن شاء صير الكر بأجد (((بأحد))) الكرين وأعطاه الباقي لأن الجودة في أموال الربا لها قيمة في غير عقود المعاوضات والرهن عقد استيفاء لا معاوضة حقيقية (((حقيقة

---

(١) البحر الرائق، ٨/١٨٠

))) فصار كمن له الجياد إذا استوفى الرديء ومن له الرديء إذا استوفى الجياد وهلك له أن برد المقبوض ويستوفي حقه منه فهذا على ذلك

وقال محمد رحمه الله رجل رهن رجلا كرا من طعام قيمته ثلاثمائة درهم بكرين قيمتهما مائتان فأصاب الكر الرهن كان منه مائة مضمونة وما نقصه مائة وكيله واف على حاله فعلى المرتهن كر يساوي مائتي درهم وخمسين درهما لأن الكر الرهن كان منه مائة مضمونة بأحد كري الدين وكانت إحدى هاتين المائتين مضمونة بأحد كري الدين والمائة الأخرى ليست بمضمونة فكان في الرهن فضل مائتين في الجودة وقيمتها ثلاثمائة فمائة منها مضمونة والمئة (((والمائة))) الأخرى أمانة فلما أصابه بالنقص من جودته مائة جعلنا نصفها من الأمانة ونصفها من الضمان فسقط عنه حصة الأمانة وهي خمسون درهما وغرم حصة الضمان وهي كر يساوي مائتين وخمسين

ولو هلك نصفه ثم أصاب النصف الثاني ماء فصار يساوي مائة ونقصه الماء خمسين درهما يغرم المرتهن كراء (((كرا))) قيمته مائتين وخمسة وعشرين لأن النصف الهالك كانت قيمته بمائة وخمسين أثلاثا ثلثه أمانة وثلثاه مضمون فبطل على المرتهن حصة الأمانة ووجب عليه نصف كر يساوي مائة فكان المضمون نصفه

وأما النصف الثاني لما نقصه الماء خمسين من الجودة كانت هذه الخمسون نصفها أمانة ونصفها مضمونة فبطلت عنه حصة الأمانة خمسة وعشرون ولزمه نصف كر يساوي مائة وخمسة وعشرين

قال رحمه الله (فإن رهنت بجنسها وهلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة) لأنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس في الأموال الربوية وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإنه يصير مستوفيا عنده إذا هلك باعتبار والوزن (((الوزن))) قلت قيمته أو كثرت لما ذكرنا

وعندهما أن لم يكن في اعتبار الوزن إضرارا (((إضرار))) باحدهما بأن كانت قيمته (((قيمة))) الرهن مثل وزنه فكذلك وإن كان فيه الحاق ضرر بأحدهما بأن كانت قيمته أكثر من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لأنا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة أو رداءة وأسقطنا القيمة فيه أضررنا بأحدهما ولو اعتبرنا قيمته (((القيمة))) وجعلناه مستوفيا باعتبارهما أدى إلى الربا فتعين ما ذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول إن الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الأموال الربوية واستيفاء الرديء بالجيد أو بالعكس جائز عند التراضي به هنا ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان عليه لعدم المطالبة ولأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين لتعذر النقض وقيل هذه فروع ما إذا استوفى زيوفا مكان الجياد ثم علم مكان الزيافة وهي معروفة وقيل لا يصح البناء لأن محمدا فيها مع أبي حنيفة في المشهور عنه وفي هذه مع أبي يوسف

وقال قاضيخان إن البناء صحيح لأن عيسى بن أبان قال قول محمد أولا كقول أبي حنيفة وآخر (((وآخرا))) كقول أبي يوسف ولئن مع أبي حنيفة فالفرق له أن الزيوف في تلك المسألة قبضه استيفاء لحقه وقد تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفي من نقض القبض وقد أمكن التضمن (((التضمين)))

قال في

". (١)

"الله (خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح أن قدر على الضرب) لأنها مكرهة عليه إذ الإكراه على المال يثبت بمثله لأن التراضي شرط في تمليك الأموال والرضا ينتفي بمثله فلا يصح

قال رحمه الله (وإن أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال) لأن طلاق المكره واقع ولا يلزمها المال به إذا الرضا شرط فيه على ما بينا من قبل في كتاب الاكراه

قال رحمه الله (ولو أحالت انسانا على الزوج بالمهر ثم وهبت المهر للزوج لا يصح) لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة الغرماء عند موتها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه

قال رحمه الله (اتخذ بئرا في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره فطلب تحويله لا يجبر عليه وإن سقط الحائط منه لم يضمن) لأنه تصرف في خالص ملكه ولأن هذا تسبب وبه لا يجب الضمان إلا إذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن

قال رحمه الله (ولو عمر دار زوجته بماله بإذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها لأن الملك لها) وقد صح أمرها بذلك فينتقل الفعل إليها فتكون كأنها هي التي عمرته فيبقى على ملكها وهو غير متطوع بالإنفاق فيرجع لصحة أمرها فصار كالمأمور بقضاء الدين

قال رحمه الله (ولنفسه بلا إذنها فله) أي إذا عمر لنفسه من غير إذن المرأة كانت العمارة له لأن الآلة التي بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ إن طلبت زوجته ذلك

قال رحمه الله (ولو عمرها لها بلا إذنها فالعمارة لها وهو متطوع) أي عمرها لها بغير إذنها كان لها البناء وهو متطوع بالبناء فلا يكون له الرجوع عليها به لأنه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها

قال رحمه الله (ولو أخذ غريمه فنزعه انسان من يده لم يضمن) أي لا يضمن النازع فلا يضاف إليه التلف كما إذا حل قيد العبد فأبق (((فائق))) فإن الحال لا يضمن لأن التلف لم يحصل بفعله وإنما حصل بفعل العبد وهو مختار وكذا إذا دل السارق فإن الفعل حصل بفعل السرقة لا بد لالته وكمن أمسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فإن الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا

قال رحمه الله (في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع إلي هذا المال وإلا اقطع يدك أو أضربك خمسين فدفع لم يضمن) أي لا يضمن الدافع لأنه مكره عليه فكان الضمان على المكره أو على الآخذ أيهما شاء المالك إذا كان الآخذ مختارا وإلا فعلى المكره فقط

---

(١) البحر الرائق، ٨/٢٨٢

قال رحمه الله (وضع منجلا في الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد (((ووجدا))) الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل) لأن الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة والمتردية حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه

قال رحمه الله (كره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) لما روى الأوزاعي عن واصل بن مجاهد قال كره رسول الله من الشاة الذكر والأنثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة

قال أبو حنيفة الدم حرام وكره الستة وذلك لقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ وكره ما سواه لأنه مما تستخبثه النفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ويحرم عليكم (((عليهم))) الخبائث وروى ابن عمر رضي الله عنهما سأل عن القنفذ فتلا قوله تعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه ﴾

فقال شيخ عنده وسمعت (((سمعت))) أبا هريرة يقول ذكر القنفذ عند النبي فقال خبيث من الخبائث

قال رحمه الله (للقاضي أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لأنه قادر على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به وبهذه (((وهذه))) المسألة مكررة مع قوله في كتاب القاضي إلى القاضي ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك بخلاف الأب والوصي والملتقط لأنهم عاجزون عن استخلاصه فيكون تضييعا إلا أن الملتقط إذا أنشد اللقطة ومضت (((ومضى))) مدة النشد ينبغي أن يجوز له الإقراض من الفقراء لأنه لو تصدق به عليهم في هذه الحالة جاز فالقرض أولى

قال رحمه الله (صبي حشفته ظاهره بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا ولا تقطع جلده ذكرة إلا بتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر لا يطيق الختان) لأن قطع جلده لتنكشف الحشفة فإن كانت الحشفة ظاهره فلا حاجة إلى القطع وإن كان يواري الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر إن قطع أكثر من النصف يكون ختانا لأن للأكثر حكم الكل وإن قطع النصف فما دونه

". (١)

"*** ج٢/ص٤٦٩

كتاب البيوع

باب

خيار المجلس بعد عقد البيع غير ثابت

لقوله تعالى ٢ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ٢ فأباح الأكل بوجود التراضي عن التجارة والبيع

تجارة فدل على نفي الخيار وصحة وقوع البيع للمشتري بنفس العقد وجواز

---

(١) البحر الرائق، ٥٥٣/٨

تصرفه فيه وقال تعالى ٢ أوفوا بالعقود ٢ وهذا عقد فلزم الوفاء بظاهر
الآية وفي إثبات الخيار نفي لزوم الوفاء به وقال تعالى ٢ وأشهدوا إذا تبايعتم ٢ فندب تعالى إلى الإشهاد على العقد توثقة لهما ووجوب الخيار لكل واحد منهما ينفي
معنى التوثقة بالإشهاد إذ لا يلزم أحدهما لصاحبه به حق فلما كان في إثبات الخيار
إبطال معنى الآية كان القول بإيجاب الخيار ساقطا وحكم الآية ثابتا

اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ج:٢ ص:٤٦٩." (١)

" ، ولا تصح هبة الشائع هو أن الشيوع طارئ والهبة كانت لجميع الدار . كذلك الوكيل يبيع مالا له ، لا يصح له أن يوكل آخر ببيع ذلك المال الموكل ببيعه ، لكن لو جاء رجل وباع المال فضولا والوكيل أجاز البيع تكون إجازته صحيحة والبيع نافذا ، كذلك لا يصح بيع أحد الشركاء للأجنبي حصته في الأثمار غير الناضجة ؛ لأن الأجنبي لو أراد قطف الأثمار وأخذ حصته منها لتضرر الشريك ، أما لو اتفق الشريكان على بيع الثمر لشخص أجنبي ، ثم بعد البيع فسخ أحدهما البيع **بالتراضي** مع المشتري لا يفسخ البيع في النصف الآخر ويبقى صحيحا . (المادة ٥٦) : البقاء أسهل من الابتداء . بما أن البقاء أسهل من الابتداء فالذي لا يجوز ابتداء قد يجوز بقاء مثال : للشريك أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه الآخر ، ولكن لا يجوز له أن يؤجر حصته لأحد شركائه إذا كانوا متعددين أو لشخص أجنبي ، أما لو أجر الدار جميعها على أنها له , ثم بعد إجراء عقد الإيجار ظهر مستحق لنصف تلك الدار وأثبت المستحق ملكيته بنصفها لا تفسخ الإجارة في النصف الآخر وتكون صحيحة بقاء ، وإن لم تكن جائزة ابتداء ، كذلك لو نصب حاكم نائبا عنه في الحكم ، وهو غير مأذون بذلك فذلك النصب غير صحيح والأحكام التي يحكم بها تكون غير معتبرة ، ولكن إذا حكم ذلك النائب في شيء والحاكم الذي أنابه أجاز ذلك الحكم يصبح الحكم معتبرا وصحيحا فالإنابة هنا جازت بقاء أيضا وإن لم تكن جائزة ابتداء . (المادة ٥٧) : لا يتم التبرع إلا بقبض هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف القائل ﴿ لا تجوز الهبة إلا مقبوضة ﴾ على أنه لو كانت الهبة تتم بدون القبض لأصبح الواهب حينئذ مجبرا على أداء شيء ليس بمجبر على أدائه ، وذلك مخالف لروح التبرع فالتبرع هو إعطاء الشيء غير الواجب ، إعطاؤه إحسانا من المعطي . مثال : لو وهب شخص مالا لآخر فما لم يقبضه بإذن الواهب لا يح ق له أن يتصرف بذلك المال . كذا لو عدل شخص – بعد أن أخرج نقودا بيده ليعطيها فقيرا ولم يسلمها إليه – عن إعطائه إياها ، فلا يجبر على ذلك . والحاصل أن الهبة سواء كانت بلا عوض أو كانت بشرط العوض فتمامها موقوف على القبض ، ولكن لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت لا تتوقف على القبض ، ولزومها للورثة ناشئ عن وفاة المورث الذي له وحده حق الرجوع عن تبرعه . (المادة ٥٨) : التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة . هذه القاعدة مأخوذة من قاعدة '

---

(١) اللب ا ب في الجمع بين السنة والكتاب، ٤٦٩/٢

تصرف القاضي فيما له فعله من أموال الناس والأوقاف مقيد بالمصلحة ' أي أن تصرف الراعي في أمور الرعية يجب أن يكون مبنيا على المصلحة ، وما لم يكن كذلك لا يكون صحيحا . والرعية هنا : هي عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي . مثال ذلك : إذا لم يوجد ولي للقتيل فالسلطان وليه فكما أن له حقا بأن يقتص من القاتل له أن يقبل الدية بدلا عن القصاص ، إلا أنه يشترط

". (١)

" للمقابلة الواردة هنا يعلم بأن المراد بالأعيان إن هو إلا غير الثمن . الأموال : جمع مال وكلمة المال وإن تكن كما فهم من المادة (١٢٦) تشمل الثمن أيضا ولكن بما أنها جاءت هنا مقابلة للثمن فيعلم من ذلك بأنه قد أريد بها غير الأثمان من الأموال . (المادة ١٥٢) الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة حتى ولو أشير إلى الثمن حين العقد وإن كان نقدا فلا يتعلق بالمشار إليه بل إنما يتعلق بالذمة ؛ لأن الثمن كما سيجيء في المادة (٢٤٣) لا يتعين بتعيينه في العقد . والثمن : لغة هو قيمة الشيء وهذا المعنى أعم من معناه الشرعي فنقل هذه الكلمة إلى المعنى الشرعي هو من نقل العام إلى الخاص . وقد يستعمل الثمن بمعنى البدل مطلقا وقد ورد في المادة (٤٦٣) بهذا المعنى فسيأتي في شرحها إيضاحه وتفصيله (مجمع الأنهر) . وجملة القول أن للثمن معنيين بمعنى أنه قيمة المبيع ويتعلق بالذمة وهو الم عنى الوارد في هذه المادة ، ومعنى أنه بدل : أي أنه المال الذي يكون عوضا عن المبيع . فيدخل فيه وهو في المعنى الأول المكيلات ، والموزونات ، والعدديات المتقاربة والنقود دون الأعيان لعدم إمكان ترتبها بالذمة . ويدخل فيه بمعناه الثاني النقود والمكيلات والموزونات والأعيان غير المثلية كالحيوان والثياب وما إليها هذا والثمن نوعان : النوع الأول : الثمن المسمى . النوع الثاني : ثمن المثل . وسيأتي في المادتين الآتيتين تعريفهما . وقصارى القول أنه بما أن الثمن لم يكن هو المقصود الأصلي من المبيع فلا يتعين بالتعيين في عقد البيع . وللسبب نفسه لا يشترط فيه أن يكون في ملك المشتري وقت العقد وأن يكون موجودا ومقدور التسليم حينئذ . وإذا تلف قبل التسليم فلا يفسخ البيع . مثال : لو اشترى شخص مالا بخمسين دينارا وكان لا يملك ذلك حين العقد فالشراء صحيح كما أنه لو كان يملك خمسين دينارا فاشترى بها مالا وقبل أن يسلمها للبائع تلفت بيده فلا يطرأ خلل ما على عقد البيع (رد المحتار) . أما الفرق بين الثمن والمبيع فسيأتي البحث عنه في شرح المادة (١٥٥) . (المادة ١٥٣) الثمن المسمى هو الثمن الذي يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع **بالتراضي** سواء كان مطابقا للقيمة الحقيقية أو ناقصا عنها أو زائدا عليها . وعلى ذلك كما أن الثمن المسمى قد يكون بقيمة المبيع الحقيقية يكون أيضا أزيد من القيمة الحقيقية أو أنقص .

". (٢)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥١/١

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٠٧/١

" (المادة ١٧٥) بما أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين ينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على **التراضي** ويسمى هذا بيع التعاطي . مثال ذلك : أن يعطي المشتري للخباز مقدارا من الدراهم فيعطيه الخباز مقدارا من الخبز بدون تلفظ بإيجاب وقبول ، أو أن يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع ، وكذا لو جاء رجل إلى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير وقال : بكم تبيع المد من هذه الحنطة ؟ فقال : بدينار فسكت المشتري ، ثم طلب منه الحنطة ، فقال البائع : أعطيك إياها غدا ينعقد البيع أيضا وإن لم يجر بينهما الإيجاب والقبول وفي هذه الصورة لو ارتفع سعر الحنطة في الغد إلى دينار ونصف يجبر البائع على إعطاء الحنطة بسعر المد بدينار وكذا بالعكس لو رخصت الحنطة وتدنت قيمتها فالمشتري مجبر على قبولها بالثمن الأول ، وكذا لو قال المشتري للقصاب : اقطع لي بخمسة قروش من هذا الجانب من هذه الشاة فقطع القصاب اللحم ووزنه وأعطاه إياه انعقد البيع وليس للمشتري الامتناع من قبوله وأخذه أي أن المقصد في البيع تراضي الطرفين إلا أن تراضي الطرفين بما أنه من الأمور الباطنة فقد أقيم مقامه الإيجاب والقبول ؛ لأنهما يدلان عليه ' انظر المادة ٦٨ ' . وكما أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول اللفظيين لدلاتهما على **التراضي** فكذلك ينعقد البيع بالمبادلة الفعلية التي تدل عليه أيضا . وكما ينعقد البيع بالتعاطي في الأموال الخسيسة ينعقد بالتعاطي في الأموال النفيسة الشلبي على الزيلعي ' ؛ لأن جواز العقد ليس مستنده صورة اللفظ بل مستنده **التراضي** ولذلك لا ينعقد البيع إذا لم يتراض المتعاقدان لفظيا . يشترط في بيع التعاطي ألا يكون الإيجاب والقبول لفظيين فإذا كانا كذلك فالبيع لا يكون بيع تعاط بل يكون قوليا فإذا حصل الإيجاب والقبول لفظا من المتعاقدين دون أن يجري التلفظ بـكلمة دفع الثمن وقبض المبيع فالبيع ينعقد ولكن لا يعد هذا البيع بيع تعاط وبيع التعاطي ينعقد إما بالدفع من الجانبين وإما بتسليم المبيع وإما بتسليم الثمن أي أنه ينعقد بيع التعاطي بتسليم البائع المبيع للمشتري وتسليم المشتري الثمن للبائع . وكذلك ينعقد بتسليم المشتري الثمن للبائع على وجه الشراء أو تسليم البائع المبيع للمشتري بدون قبض الثمن هندية ' ورد المحتار ' . وإعطاء المشتري الثمن في المثال الوارد في متن المجلة هو رضاء صراحة وإعطاء البائع للمبيع هو رضاء دلالة . أما إذا لم يسكت البائع وصرح بعدم الرضاء فالبيع لا ينعقد فبناء عليه إذا دفع المشتري النقود للبائع وحينما أخذ البطيخة قال له البائع : اتركها فلا يبقى حكم لبيع التعاطي ولا يجوز أن يحمل كلام البائع هذا على أنه يقصد به بيان بيعه المال بالرخص وأنه يريد بقوله هذا إدخال السرور على

(١) ".

" يدفع عنه أو يكفله أو يقبل والإحالة عليه فإن إجبار المشتري على شيء من ذلك إجبار على ما لا يقدر عليه وذلك لا يجوز غير أنه في اشتراط الرهن والكفالة يؤمر المشتري بدفع ثمن المبيع أو قيمة الرهن إذا لم يف بما اشترط عليه من ذلك فإن لم يدفع ثبت الخيار للبائع وله فسخ البيع لفوات وصف مرغوب فيه في الثمن ؛ لأن الثمن المضمون بالرهن أوثق من الثمن الذي يكون كذلك فصار الرهن ههنا من صفات الثمن . ولما كان هذا الوصف مرغوبا فيه فبفواته

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٢٣/١

يثبت الخيار للبائع . ولو دفع المشتري إلى البائع الثمن فورا أو سلمه قيمة الرهن فليس للبائع فسخ البيع ؛ لأنه لم يقصد في هذا الرهن عين المرهون بل المقصود قيمته فبدفعها يحصل المقصود . وكذلك الحكم في اشتراط الكفالة ؛ لأن المقصود منه الاستيثاق من أداء الثمن فدفع الثمن فورا تحصيل للمقصود بصورة أتم ، وإذا شرط الرهن في عقد البيع وجب أن يكون معلوما بالإش ا رة إليه أو بالتسمية والوصف له فإن كان مجهولا فسد البيع ؛ لأن الجهالة فيه موجبة للنزاع والشقاق بين المتعاقدين إذ يحتمل أن يدعي البائع أن المرهون الذي قدمه المشتري غير ما اتفقا عليه فيطلب أعلى منه وأغلى . وإذا عين المتبايعان الرهن قبل انفضاض المجلس **بالتراضي** أو سلم المشتري الرهن إلى البائع فورا صح البيع وبطل اشتراط الرهن رد المحتار ' وهندية ' ' انظر المادة ٢٤ ' . وكذلك إذا شرط البائع على المشتري أن يقدم كفيلا بدفع الثمن وجب أن يكون الكفيل معلوما حاضرا في مجلس العقد وأن يقبل الكفالة إذا كان غائبا ؛ لأنه إن كان الكفيل مجهولا فمن المحتمل أن يقدم المشتري للبائع كفيلا فقيرا فلا يقبله البائع فيقع بينهما النزاع وعلى هذا إذا كان الكفيل مجهولا أو غائبا وحضر بعد التفرق من المجلس وقبل الكفالة فالبيع فاسد كما إذا كان حاضرا المجلس فلم يقبل إلا بعد التفرق أو تشاغل بأمر آخر . ولو قبل بعد التشاغل لا ينقلب البيع صحيحا هندية ' ورد المحتار ' . وحكم الكفالة بالدرك المذكورة في المادة ' ٦١٦ ' كحكم الكفالة بالمال هندية ' والبيع بشرط الحوالة كالبيع بشرط الكفالة . أعني إذا تبايع اثنان على أن يحول المشتري منهما البائع على إنسان آخر لاقتضاء الثمن منه فهذا الشرط كشرط البيع بالكفالة والبيع صحيح استحسانا ؛ لأن تحويل المشتري للبائع بثمن المبيع على شخص آخر ما يضمن الثمن ويؤكد أداءه الذي هو من مقتضيات العقد . وإذا باع إنسان من آخر متاعا على أن يحول البائع على المشتري من يقبض الثمن منه فالبيع فاسد . مثال ذلك : لو باع إنسان من آخر متاعا وشرط في البيع أن يقبض الثمن من المشتري إنسان غيره فالبيع فاسد ؛ لأن حوالة البائع ليست للاستيثاق من ثمن المبيع وتأكيد مقتضى العقد بل لاستيفاء الثمن فقط بزازية ' وهندية ' . (المادة ١٨٨) : البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عرف البلد صحيح والشرط معتبر ، مثلا : لو باع الفروة على أن يخيط بها الظهارة ، أو القفل على أن يسمره في الباب أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط .

---

(١) ".

" الخمسين ريالا عقد آخر لا تعلق له بالبيع والشراء الذي وقع سابقا وليس من قبيل تمليك الدين للمدين . وكذلك إذا اشترى رجل من آخر مالا بعشرة دنانير ودفع المشتري للبائع برضاه بدلا من ستين ريالا ثم تقايلا البيع بعد هبوط سعر المال وقيمة الريال فعلى البائع أن يرد إلى المشتري العشرة الدنانير لا الستين ريالا التي قبضها أو مثلها وكذلك إذا عقد المتبايعان البيع على أن يكون الثمن معجلا ثم تقايلا على أن يرد الثمن مؤجلا فالإقالة صحيحة والشرط لغو كأن لم يكن وعلى البائع أن يرد ثمن المبيع فورا ، وكذلك إذا أجل المشتري الثمن في ذمة البائع بعد الإقالة فالأظهر أنه

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١/١٣٧

لا يعتبر هذا التأجيل صحيحا عند الإمام . والشرط بعد العقد يلحق بأصل العقد ووجوب رد الثمن على البائع إلى المشتري فيما إذا كان البائع قبض الثمن من المشتري أما إذا لم يقبض فلا يجب عليه والحالة هذه رد الثمن إلى المشتري كما أن هـ إذا أبرأ المشتري البائع من الثمن بعد الإقالة فالإبراء صحيح وليس على البائع أن يرد الثمن إلى المشتري وعلى ذلك إذا تلف المبيع في يد المشتري بعد الإقالة والإبراء وقبل إعادته إلى البائع فالإقالة باطلة وليس على المشتري ضمان المبيع التالف وقد كان على المشتري الضمان إلا أن الثمن قد سقط عنه بالإبراء . ويجوز في الإقالة تنزيل الثمن إلا أنه يجب أن يكون والمبيع في يد المشتري وبعد اتفاق المتقايلين على التقايل على شرط تنزيل الثمن بإزاء نقص في المبيع لعيب فيه ففي مثل ذلك تصح الإقالة والشرط والمقدار الذي حط من الثمن في مقابلة العيب الحادث في المبيع (انظر المادة ٨٣) أما إذا شرط المتقايلان تنزيل الثمن بأكثر مما يقتضي العيب أو أقل فالشرط لغو والإقالة صحيحة ولا يحط من الثمن إلا مقدار ما يقتضي العيب الحقيقي وإذا حط شيء من الثمن في الإقالة بسبب العيب الحادث في المبيع وزال ذلك العيب من نفسه فللمشتري أن يرجع بما حط من الثمن على البائع (انظر المادة ٩٨) . وجفاف المبيع وضموره في يد المشتري لا يعدان تلفا في المبيع أو بعضه يعني إذا كان المبيع حين البيع أخضر ثم جف في يد المشتري ونقص وزنه ثم تقايلا هو والبائع فالإقالة صحيحة وليس للبائع المطالبة بحط شيء من الثمن مقابلة الجفاف ونقص الوزن اللذين حدثا في المبيع ' هندية ' . مثال ذلك : إذا كان المبيع عشرة أرطال صابون قد جفت عند المشتري وصارت ثمانية وتقايلا البيع فللمشتري استرداد الثمن من البائع بغير نقصان والحاصل أن جفاف المبيع كما لا يعد عيبا فيه فلا يعد تلفا في بعضه أبو السعود . الحكم الثاني من أحكام الإقالة : اعتبارها بيعا جديدا في حق العاقدين فيما لم يثبت بموجب العقد أي ما يكون ثبوته بغير العقد بل بأمر زائد عليه يعني بغير الإيجاب والقبول ويتفرع على هذا الحكم مسائل : الأولى : إذا اشترى رج ل من آخر مالا مقابل ما في ذمته من المال المؤجل قبل حلول الأجل ثم تقايلا البيع فلا يعود الأجل ويصير المطلوب معجلا كما لو كان المشتري باع المبيع ثانيا ؛ لأن حلول هذا الدين قد حصل برضا المدين لقبوله كون هذا الدين ثمنا ولأن المدين قد أسقط الدين والساقط لا يعود (انظر المادة ٥١) فعلى البائع أن يرد ثمن المبيع إلى المشتري فورا وقد جاء في (الطحطاوي ورد المحتار) : ' ولو رده بخيار العيب بقضاء عاد الأجل ؛ لأنه فسخ فإن الرد بخيار العيب إذا كان بالقضاء يكون فسخا ولذا ثبت للبائع رده على بائعه بخلاف ما إذا كان **بالتراضي** فإنه بيع جديد .

". (١)

" ذكر في المادة ١٤٣ هو النصيب المعين المعلوم من نهر فهو أيضا ماء فإذا لا فرق بين حق الشرب تبعا للأرض وبين الماء تبعا للقنوات لكن بينهما فرق بين متعلقهما ؛ لأن حق الشرب متعلق بالأرض والماء متعلق بالقنوات وعلى ذلك لو باع إنسان ما يجري في قناته من الماء مع قنواته من آخر فالبيع صحيح . وكذلك بيع الطريق جائز

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٤٩/١

بالإجماع وبعبارة أخرى إذا باع إنسان من آخر الطريق التي يملك رقبتها منفردة فالبيع صحيح فإذا بين حين العقد عرض الطريق فهو المقدار المعتبر للطريق المبيعة إذا لم يبع عرضها حينئذ فعرض الطريق يكون عرض باب دار البائع الخارجي (رد المحتار) لكن إذا اتفق أصحاب الطريق الخاص جميعا فلا يجوز لهم بيع الطريق واقتسام ثمنها (انظر المادة ١٢٢٣) وكذلك لا يجوز لشريك في تلك الطريق أن يبيع حصته من أحد الشركاء في تلك الطريق منفردا لكن له أن يبيع داره مع حصته في تلك الطريق تبعا لل دار طحطاوي (انظر المادة ٤ ٥) (المادة ٧ ١ ٢) كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلا ووزنا وعددا وذرعا يصح بيعها جزافا أيضا مثلا : لو باع صبرة حنطة أو كوم تبن أو آجر أو حمل قماش جزافا صح البيع . بيع المكيلات بالكيل والموزونات بالوزن والعدديات بالعد والمذروعات بالذرع صحيح وتسمى هذه المقاييس بالمقادير الأربعة وكذلك يجوز بيعها جزافا بشرط أن تباع بغير جنسها وألا تجعل رأس مال سلم ؛ لأن المبيع مكيلا يعلم بتعيين مقداره بالكيل وجزافا يعلم بالإشارة إليه فهو معلوم على كلا الحالين والبيع صحيح أما إذا بيع بجنسه فإذا كان أزيد من نصف صاع فالبيع جزافا فيه غير جائز لاحتمال الربا وكذلك رأس مال السلم لا يجوز البيع فيه جزافا بل يشترط أن يكون معلوما ؛ لأن السلم إذا أقيل بالتراضي وجب على رب السلم أن يعيد إلى المسلم إليه ما أخذه منه فإذا كان مقداره غير معلوم فلا تمكن الإعادة انظر شرح المادة (١ ٠ ٢) . وعلى ذلك إذا بيع المال جزافا وطلب البائع من المشتري ثمن المبيع فليس للمشتري أن يمتنع من أداء كل الثمن بدعوى أن المبيع نقص عن تخمينه علي أفندي وإذا باع رجل حنطته التي في المطمورة جزافا فالبيع صحيح ولو لم يعلم المشتري مقدار هذه الحنطة وعمق المطمورة التي هي فيها إلا أن المشتري مخير عند وقوفه على مقدار عمق المطمورة بين إجازة البيع وفسخه ويقال لهذا الخيار خيار كشف الحال أما إذا كان المشتري يعلم مقدار عمق تلك المطمورة فالبيع لازم وإذا لا يعلم مقدار الحنطة فلا يكون

(١) ".

" والبائع سلمه إليه بدون أن يتكلم شيئا فثمن المبيع يكون عشرة قروش . ثالثا : إذا قال شخص لآخر : إن ثمن هذا المتاع عشرون قرشا فقال الآخر : لا أريده وذهب ثم عاد فأخذ المتاع بغير مساومة للبائع فيكون الثمن عشرين قرشا . رابعا : إذا ساوم المشتري آخر متاعا ثم تفارقا ثم عاد بإناء ليضع فيه المتاع ودفع إلى البائع نقودا فالبيع ينعقد على ما تساوما عليه . (المادة ٢٤٠) البلد الذي يتعدد فيه نوع الدينار المتداول إذا بيع فيه شيء بكذا دينارا ولم يبين فيه نوع الدينار يكون البيع فاسدا والدراهم كالدنانير في هذا الحكم . هذا في الذهب الذي يكون متساويا في الرواج مختلفا في المالية فإذا لم يبين حين العقد وصف الذهب كأن يقال (جنيه عثماني أو فرنساوي أو إنكليزي) مثلا أو بعد العقد وقبل التفرق من المجلس فالبيع فاسد ؛ لأن وصف الثمن يبقى مجهولا فالبائع يطلب الأرفع والمشتري يعرض الأدون فيق ع النزاع بين المتبايعين وبما أن الجهالة الباعثة على النزاع مفسدة للبيع فالبيع في هذه الصورة فاسد . وها هنا أربع

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١/١٦٦

صور في واحدة منه يفسد البيع وفي الباقي يصح فالمسألة التي نصت عليه المجلة مطلقة هي في الحقيقة مقيدة وهذه الصور الأربع : (١) أن تكون الدنانير متساوية الرواج مختلفة المالية ففي هذه الصورة البيع فاسد (٢) أن تكون مختلفة الرواج والمالية (٣) أن تكون متساوية المالية مختلفة الرواج (٤) أن تكون متساوية المالية والرواج . ٢ فالصورة الأولى كأن يعقد البيع على جنيه في بلد يتداول فيها الجنيهات العثمانية والإنكليزية والفرنساوية متساوية الرواج فإذا عقد البيع في هذا البلد على جنيه مطلق من غير بيان لنوعه هل هو عثماني أو إنكليزي أو فرنساوي فالبيع فاسد ؛ ٢ لأن ثلاثة أنواع هذه الجنيهات متساوية الرواج في هذه البلد فلا ينصرف الجنيه عادة إلى أحد هذه الجنيهات كما أن م اليتها مختلفة أيضا ؛ لأن الجنيه العثماني تزيد قيمته عن الجنيه الفرنساوي والجنيه الإنكليزي تزيد قيمته عن الجنيه العثماني إلا أنه إذا عين الجنيه في هذه الصورة بعد العقد وقبل التفرق ووقع **التراضي** فالبيع ينقلب إلى الصحة ؛ لأن المفسد قد ارتفع قبل التفرق فكان هذا البيان كالبيان المقارن (انظر المادة - ٤ ٢) . والصورتان الثانية والثالثة اللتان يكون فيهما الذهب مختلف الرواج كأن يكون الجنيه العثماني في بلد أروج من الجنيه الإنكليزي والفرنساوي فالبيع فيهما صحيح سواء كانت الجنيهات المتداولة متساوية أم غير متساوية وينصرف الجنيه عند الإطلاق في عقد البيع إلى الأكثر رواجا وتداولا في تلك البلد (انظر المادة ٥٤) . وعلى ذلك فإذا اشترى شخص من آخر متاعا بكذا جنيهات في الآستانة فيما أن الذهب العثماني هنالك أروج من غيره ينصرف الجنيه إلى الجنيه العثماني فإذا اجتمع المتبايعان بعد ذل ك في مدينة بيروت فليس للمشتري أن يدفع الثمن للبائع جنيهات فرنساوية بداعي أنها أروج من غيرها في بيروت ؛ لأن العبرة للأروج في البلد الذي وقع فيه العقد فعلى المشتري أن يدفع الثمن من نوع الذهب الذي يكون أكثر رواجا في البلد الذي وقع فيه البيع . الصورة الرابعة : وهي التي تكون فيها الدنانير متساوية المالية والرواج ، البيع فيها صحيح وللمشتري أن يدفع الثمن من أي نوع شاء من الدنانير ؛ لأن الوصف هنا وإن كان مجهولا إلا أنه لا يؤدي إلى النزاع وليس في الوقت

---

(١) ".

" الحاضر نقد من الذهب متساوي المالية إلا أن الدول إذا اتفقت جميعها على توحيد دنانيرها ظهرت فائدة هذه الصورة (رد المحتار . بحر . زيلعي) . والفضة أيضا على هذا المنوال أي إذا كان في بلدة نقود فضية مختلفة المالية متساوية الرواج ولم يبين في عقد البيع نوعها كأن يقال (كذا ريالا) أو مجيديا أو مصريا أو فرنكا أو شلنا من غير بيان للوصف فإذا عقد الطرفان **بالتراضي** نوع تلك الفضة في مجلس العقد قبل التفرق فالبيع لا يكون فاسدا وإلا كان فاسدا أما إذا كانت النقود الفضية مختلفة الرواج متساوية المالية أو مختلفتها فالبيع صحيح وينصرف الثمن إلى أروج أنواع الفضة في تلك البلدة كما أنه إذا كانت أنواع النقود الفضية متساوية رواجا ومالية فالبيع أيضا صحيح والمشتري له أن يدفع من أيها شاء (المادة ٢٤١) إذا جرى البيع على قدر معلوم من القروش كان للمشتري أن يؤدي الثمن من أي نوع

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١/١٨٨

شاء من النقود الرائجة غير الممنوع تداولها وليس للبائع أن يطلب نوعا مخصوصا منها . لأن طلب البائع ذلك النوع الذي لا يزيد قيمة عن غيره وامتناعه عن قبول ما يؤدي إليه إنما هو تعنت فإذا سمي الثمن قروشا في عقد البيع فلا يحكم بفساد البيع بداعي أنه لم يذكر وصف الثمن ؛ لأن صورة الفساد من الصور الأربع أن يكون الثمن متساويا رواجا مختلفا مالية فتقدير الثمن بالقروش لا يجعل اختلافا في مالية الثمن وإن كان القرش في الأصل اسما لقطعة فضية معلومة إلا أن العرف جرى على جواز أداء أي نوع من النقود الرائجة فيما إذا كان الثمن سمي قروشا أي يجوز أن يدفع الثمن ذهبا أو فضة من أي نوع كان منهما من المتداول ولا يحتم دفع الثمن من القروش الفضية المضروبة مثلا إذا اشترى شخص في الآستانة مالا بمائتي قرش فهو مخير بين أن يدفع دينارا عثمانيا باعتبار أنه مائة وثمانية قروش وأن يدفع ريالا مجيديا بعشرين قرشا وأن يدفع بشلكا من النقود المغشوشة بقرشين ونصف أو من النقود الفضية ذات القرض أو أن يدفع المائتي القرش مخلوطة من النقود السالفة الذكر وليس للبائع أن يطالب المشتري أن يدفع الثمن من النقود الفضية من سكة القرش باعتبار أن القرش يطلق عليها ؛ لأنها وإن كان يطلق عليها القرش إلا أن النقود الأخرى تقوم بالقرش إذ أن هذه النقود بعضها ذو عشرة قروش وبعضها ذو عشرين قرشا وبعضها ذو مائة وثمانية قروش وبعضها ذو خمسة قروش وبعضها يقوم بأقل أو أكثر ولذلك لا يخطر ببال أحد أن البيع إذا كان بالقرش فالمقصود منه نفس القطعة المسماة وإذا كان الشراء بالقروش المراد بها ما يعم الكل ثم رخص بعض أنواع العملة أو كلها واختلفت في الرخص بأن كان بعضها كثير الرخص وبعضها قليله وبعضها متوسطه فالحكم الموافق فيما إذا وقع الرخص قبل تسليم المبيع أن يؤمر المشتري بدفع المتوسط رخصا لا الأكثر ولا الأقل ؛ لأن الضرر في ذلك ينقسم بين البائع أو المشتري فيحصل بذلك العدل بينهما والمساواة بخلاف ما إذا أمر المشتري بدفع الأكثر رخصا فإنه يختص بحمل الضرر كما أنه إذا أمر بدفع الأقل رخصا فإن البائع يختص بحمل الضرر (انظر المادة – ٣١) واذا رخص

---

(١) ".

" . ٤ – أن يكون في بعض المبيع ويكون ذلك صحيحا في الصور الآتية : الأولى : أن يكون في بعض مال واحد من الأموال القيمية فهذا صحيح فصل الثمن أو لم يفصل لأنه لا تفاوت بين أجزاء المال القيمي الواحد . مثال ذلك أن يقول شخص بعت هذه الفرس بألف قرش على أن لي الخيار في نصفها فالخيار في النصف والبيع صحيحان ويلزم البيع في النصف الآخر : الثانية : في الأموال المثلية الخيار في بعض ذلك صحيح إذا لم يعين ما فيه الخيار كما أن البيع صحيح أيضا فصل الثمن أم لم يفصل لأنه لا تفاوت بين أجزاء المثليات . مثال ذلك أن يقول شخص لآخر بعتك هذه الخمسون كيلة حنطة على أن لي الخيار في نصفها فيقول المشتري اشتريت أو قبلت فالبائع يكون مخيرا في نصف المبيع أي في الخمس والعشرين كيلة حنطة فإذا كان ثمن المبيع معلوما فيكون ثمن نصفه معلوما والشيوع لا يمنع الصحة والجواز وكذلك إذا قال المشتري اشتريت هذه الخم سين كيلة حنطة على أن لي الخيار في نصفها فالمشتري

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٨٩/١

مخير في النصف . وإن كان في ذلك تفريق الصفقة فيما لو استعمل صاحب الخيار خياره وفسخ البيع في البعض إلا أنه بقبول الطرف الآخر لهذا الشرط حصل **التراضي** . ٣ - في بيع مالين من الأموال القيمية إذا عين ثمن المال الذي شرط فيه الخيار فالبيع والخيار صحيحان . مثال ذلك إذا قال البائع أن ثمن هذا الحصان الأدهم عشرة دنانير وهذا الأبلق ثمانية وقد بعتهما على أن لي الخيار خمسة أيام في الأبلق فقبل المشتري فالبيع والخيار صحيحان . ويكون البيع باشتراط الخيار في بعض المبيع غير صحيح في الصور التالية : ١ - إذا لم يفصل قيمة المالين من الأموال القيمية ولم يعين المال المشروط فيه الخيار فلا الخيار ولا البيع في مثل ذلك صحيحان لأن المبيع والثمن مجهولان . ٢ - إذا فصل ثمن المالين من الأموال القيمية إلا أنه لم يعين المال الذي هو محل الخيار فالبيع فاسد لأن المبيع في هذه الصورة يبقى مجهولا فيما إذا كان المبيع مالين من الأموال القيمية وعين محل الخيار فيهما لكن لم يفصل الثمن فالبيع في ذلك فاسد لجهالة الثمن لأن ما يشرط فيه الخيار يكون كالخارج من البيع والداخل هو المبيع الآخر فإذا لم يعلم ثمن المبيع الداخل في البيع فلا يصح البيع (انظر المادتين ٢٠٠ و ٣٣٨) وقد جاء في مجمع الأنهر (ولن يكونا معلومين إلا بالتفصيل) . - * * * * * - (المادة ٣٠١) كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيرا بفسخ البيع في المدة المعينة للخيار . المخير خيار شرط إما أن يكون البائع أو المشتري أو كليهما أو وكيليهما أو وصيهما أو أجنبيا . والمقصد من مدة الخيار أن صاحب الخيار له فسخ البيع هذه المدة لكن يشترط فسخ البيع في مجموع المبيع وتبليغ ذلك إلى الطرف الآخر إذا لم يكن مانع فإذا أراد المشتري رد المبيع الذي اشتراه وقبضه فمئونة رده عليه . توضيح القيود :

---

(١) ".

" إذا زال مانع الفسخ لأي سبب من الأسباب بالنسبة إلى العاقدين ، أو إلى سائر الناس قبل الحكم بالمثل ، أو القيمة رجع حق الفسخ . مثال ذلك : إذا وهب المشتري ما اشتراه وقبضه الموهوب له ، أو رهنه عند آخر وسلمه إياه ثم رجع عن تلك الهبة من نفسه ، أو بحكم الحاكم ، أو فك الرهن لأداء دين كان للعاقدين حق الفسخ . (راجع المادة ٢٤) (الأنقروي الهندية في الباب الحادي عشر من البيوع) . فإن زال المانع بعد الحكم بالقيمة ، أو المثل ؛ فلا يرجع حق الفسخ (البزازية في الباب الرابع عشر من البيوع) ؛ لأن القاضي لما أبطل حق البيع في العين ونقله إلى القيمة بإذن الشرع ؛ فلا يعود حقه إلى العين وإن ارتفع السبب كما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الإباق ثم عاد . (رد المحتار في البيع الفاسد) مثال : لو باع المشتري ما اشتراه فاسدا من آخر وسلمه إياه ثم رده المشتري الثاني إلى الأول بخيار العيب برضاه ؛ فليس للمشتري الأول أن يرده إلى بائعه الأول بذلك العيب ؛ لأن المبيع الذي يرد بخيار العيب مع **التراضي** ليس بفسخ للبيع وإنما هو في حكم شراء ثان للمبيع . راجع المادة (٩٨) - * * * * * - أنواع الزيادة وأحكامها : الزيادة أربعة أنواع : ١ - الزيادة المتصلة المتولدة . ٢ - الزيادة المتصلة غير المتولدة . ٣

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٤٧/١

– الزيادة المنفصلة المتولدة . ٤ – الزيادة المنفصلة غير المتولدة . وكلها لا تمنع الفسخ ما عدا النوع الثاني أي أن الزيادة المتولدة من أصل المبيع كالكبر والحسن والسمن ، أو المنفصلة المتولدة كولد النعاج وصوفها . والمنفصلة غير المتولدة كالبغلة ليس مانعا من الفسخ ومتى فسخ البيع الفاسد فللبائع أخذ المبيع بعد تلك الزيادة المنفصلة المتولدة ويضمن المشتري الزيادة إذا أتلفها بنفسه إذا كان تلفها ناشئا عن غير تعد منه ، أو تقصير . مثال ذلك : إذا باع إنسان بستانه من آخر بيعا فاسدا وسلمه إياه وقبض ثمنه وبقي في يده ثلاث سنوات فاستهلك نواتجه طول تلك المدة بدون إباحة وبعد ذلك أراد البائع استرداده بالنظر إلى فساد البيع فرد إلى المشتري الثمن واسترد البستان ؛ فله تضمين المشتري نواتج الثلاث سنوات ، ولو هلك المبيع والزيادة المنفصلة المتولدة من أصله قائمة ؛ فللبائع أن يسترد الزيادة ويأخذ من المشتري قيمة المبيع . وقت القبض . (الهندية في الباب الحادي عشر من البيوع) . ويأخذ البائع الزيادة المنفصلة غير المتولدة أيضا من المشتري . وإذا هلكت تلك الزيادة في يد المشتري ؛ فلا يلزمه ضمان وإذا استهلكها فعند الإمام ليس من ضمان عليه أما الإمامان فيقولان بلزوم الضمان . وإذا استهلك المبيع والزيادة المنفصلة المتولدة باقية فالمشتري يكون ضامنا المبيع وتبقى الزيادة المذكورة له ؛ لأن الضمان فقد تقرر . (رد المحتار) . – * * * * * – (المادة ٣٧٣) إ ذا فسخ البيع الفاسد فإن كان البائع قبض الثمن كان للمشتري

---

(١) ".

" الرجوع عن المبيع . (الأشباه قبل الكفالة ، وأبو السعود والدرر ، والغرر) أما الطرفان ؛ فلهما بالتراضي أن يتقايلا البيع كما قد بين في الفصل الخامس للباب الأول . – * * * * * – (المادة ٣٧٦) : إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار . أي لمن له الخيار في البيع الذي لا يكون لازما أن يفسخ البيع مدة خياره راجع المواد (٣٠١ ، ٣١٠ ، ٣١٣ ، ٣١٦ ، ٣٢٠ ، ٣٣٧ ، ٣٥٧ ،) البحر . وهذه المادة تبين أحكام جميع أنواع البيع الذي لا يلزم إجمالا وقد تقدمت مفصلة في المواد التي مر ذكرها . – * * * * * – (المادة ٣٧٧) : البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة . أي يفيد الحكم الذي يترتب على العقد عند إجازة من له حق الإجازة (الهندية) . فعليه لو باع إنسان فرسا لغيره فولدت وهي في يد المشتري مهرا وأجاز المالك البيع فهي والمهر للمشتري . راجع شرح المادة الآتية : وبما أن للبيع ال موقوف أنواعا عديدة فسنذكرها مع أحكامها : ١ – بيع الفضولي : وهذا لا حاجة إلى ذكر تفصيلاته هنا ؛ لأنها ذكرت مفصلة في المادة الآتية : ٢ – بيع ، أو شراء الصبي المميز والمعتوه والمحجور عليه موقوف على إجازة الولي ، أو الوصي ، أو القاضي (الهندية في الباب الثالث عشر من البيوع) . ٣ – بيع المأجور : إذا اشترى إنسان من إنسان بيتا مؤجرا من آخر فشراؤه صحيح علم بأنه مؤجر ، أو لا وليس للمستأجر فسخ العقد مطلقا إلا أنه لا يؤخذ من يده قبل انقضاء مدة الإجارة بدون رضائه . وعلى هذا فإذا لم يشأ المستأجر تسليم المبيع في الحال فالمشتري مخير بين أن ينتظر إلى أن تنتهي مدة الإجارة وبين أن يراجع المحكمة لفسخ البيع . (انظر المادة ٥٩٠) . وإذا أجاز

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٣٩/١

المستأجر بيع المأجور ؛ كان البيع لازما . وإذا قال المستأجر للمشتري : أبق المأجور بيدي حتى آخذ من المؤجر ما دفعت له من الأجرة فقد أجاز البيـع وكان نافذا كذلك لو باع إنسان بيته المأجور من آخر فقال أحد الناس للمستأجرين : إن فلانا باع ماله المؤجر لك من فلان فقال المستأجر (الله يبارك له) فيكون قد أجاز البيع وإذا باع المؤجر ماله من آخر بدون إذن المستأجر بعد أن باعه قبل ذلك من غيره ثم أجاز المستأجر هذين البيعين مرة واحدة نفذ البيع الأول وبطل البيع الثاني . ٤ - بيع المرهون : إذا اشترى إنسان شيئا مرهونا عند آخر علم بكونه مرهونا أو لا ؛ فالبيع صحيح وليس للمرتهن فسخ هذا الشراء ولكن لا يؤخذ الرهن من يده بدون رضائه وإذا امتنع المرتهن عن تسليم المبيع في الحال فللمشتري أن ينتظر إلى أن يفك الرهن ، أو يراجع الحاكم لفسخ البيع (انظر المادة ٧٤٧) . ويلزم البيع إذا أجاز المرتهن وتنتقل الرهنية إلى ثمن وكذلك يلزم إذا أدى الراهن دينه أو أبرأه المرتهن منه ، أو أن المرتهن رد الرهن للراهن على وجه الفسخ . وإذا أجر الراه ن المال المرهون أو

(١) ".

" - الفصل الثاني في مسائل خيار الرؤية لا يجوز الاستئجار عند الشافعي ما لم يرد المأجور لوجود الجهالة في ذلك وإنما تكون الجهالة مانعة عند الحنفية إذا كانت موجبة للنزاع . ولما كان للمستأجر حق الفسخ بحكم خيار الرؤية إذا لم يرق له المأجور فليست هذه الجهالة موجبة للنزاع ولذلك فلا تمنع الجواز (الطوري) . (المادة ٥٠٧) للمستأجر خيار الرؤية . كما أن للمستأجر خيار الرؤية إذا استأجر مالا بدون أن يراه فللأجير الخيار كما سيأتي ذلك . ويكون برؤيته المأجور مخيرا إن شاء قبله وإن شاء فسخ الإجارة (انظر المادة ٣٢٠) لأنه لما كانت الإجارة من قبيل شراء المنافع فالحديث الشريف ﴿ من اشترى ولم ير فله الخيار ﴾ ظاهره يتناول الإجارة أيضا . وفضلا عن ذلك فإن العقد لا يتم إلا بالتراضي ولا رضاء بدون العلم (الطوري ، الزيلعي وفتاوى ابن نجيم) . والفقرة الأخيرة من المادة (٥١٠) فرع من هذه المادة . لذلك لو استأجر أحد قطعا من أراض صفقة واحدة بدون أن يراها ورأى بعضها فله فسخ الإجارة عنها جملة (انظر المادة ٣٢٨) وليس له فسخ الإجارة عن بعضها وإبقائها في البعض الآخر (رد المحتار) . أما المؤجر فليس له خيار الرؤية (انظر المادة ٣٢٢) . فعلى ذلك يكون خيار الرؤية مختصا بالمستأجر فقط بخلاف خيار الشرط فكما يكون للمستأجر يكون للآجر (رد المحتار ، التنقيح) . هذه المادة والمادة ٥٠٩ الآتية مؤداهما واحد فكل منهما مغن عن الأخرى . (المادة ٥٠٨) رؤية المأجور كرؤية المنافع . أي أنه بما أن المنافع الحقيقية معدومة وتحدث شيئا فشيئا فليس من الممكن تعلق الرؤية بها وإنما يعد المستأجر إذا رأى المأجور الذي هو محل المنفعة كأنه قد رآها . فعليه إذا استأجر أحد دارا بعد أن رآها فليس له خيار الرؤية (الهندية في الباب الخامس) . إن الفقرة الأولى من المادة (٥١٠) فرع لهذه المادة . - * * * * * - (المادة ٥٠٩) لو استأجر أحد عقارا من دون

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٤١/١

أن يراه يكون مخيرا عند رؤيته . أي أنه لو استأجر أحد عقارا أو مالا آخر أو أجيرا من دون أن يراه كان مخيرا عند رؤيته (انظر المادة ٥٠٧) فإن شاء أجاز الاستئجار قولا وفعلا وإن شاء فسخ . وإذا فسخ فليس هذا الفسخ بحاجة

" (١).

" بذلك أو لم يرض ويتملكها بالرغم عنه لأنه لما كان القلع مضرا بالأرض وبذلك يتضرر المؤجر . وقد جعل لدفع هذا الضرر حق امتلاك المحدثات بإعطائه قيمتها دفعا لما يلحقه من الضرر انظر المادة (٣١) لأن فيه نظرا لهما حيث أوجبنا للمؤجر تسلم الأرض بعد انقضاء مدة الإجارة وللمستأجر قيمتهما مستحقي القلع لأن أصل وصلهما بحق (رد المحتار) . وبذلك فقد أزيل الضرر اللاحق بكلا العاقدين بقدر الإمكان . وأما اقتصار التملك على المؤجر فهو ناشئ عما يعود عليه من الضرر ، والمستأجر لا يلحقه شيء من الضرر لأن القيمة التي سيأخذها تقوم مقام البناء أو الشجر ، وتعريف قيمته مستحق القلع . قد جاء في المادة (٨٨٥) أما إذا لم يكن هدم البناء وقلع الأشجار مضرا بالمأجور فليس للآجر أن يتملكه بغير رضاء المستأجر ورضاء المستأجر في إبقائه وتملكه في هذه الصورة شرط ؛ لأن الآجر والمستأجر متساويان في ثبوت الم لك فلا يرجح أحدهما على الآخر (الدرر الهندية ، عبد الحليم ، الخيرية) . فلا بد من اتفاقهما في الترك بخلاف القلع حيث ينفرد به أحدهما في هذه الحال دون الآخر (الزيلعي) . أما إذا كان العقار المأجور أرضا لوقف أو أرضا لبيت المال فتجري فيه عند انتهاء مدة الإجارة الأحكام الآتية : مثلا لو أذن متولي الوقف لمستأجر عرصة الوقف أن يبنيها لنفسه وعلى ذلك بنى المستأجر العرصة فللمستأجر إذا شاء أن يبقي البناء بعد انقضاء مدة الإجارة ويدفع أجر المثل للأرض وذلك إذا لم يلحق الوقف ضرر به وليس للموقوف عليهم في هذه الحال أن يطلبوا من المستأجر قلع البناء (رد المحتار والتنقيح ، والخيرية) ؛ لأن المأجور إذا كان وقفا مشروطا فيه الاستغلال ولا بد من تأجيره فإيجاره من المستأجر الأول تعنت وضرر ، والضرر ممنوع شرعا لأنه قد ورد في الحديث الشريف ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ أما إذا زاد الغير على الأج رة ولم يقبل بها المستأجر ففي هذه الصورة يؤجر من الغير وله إذا شاء رفع بنائه إذا لم يكن في رفعه ضرر على المأجور . ويجب على كل قاض عادل عالم وعلى كل قيم أمين غير ظالم أن ينظر في الأوقاف فإن كان بحيث لو رفع البناء والغرس تستأجر أن يفسخ الإجارة ويرفع البناء وغرسه أو يقبلها بهذه الأجرة وقلما يضر الرفع بالأرض فإن الغالب فيه نفع وغبطة للوقف (التنقيح) . أما إذا كان رفعه مضرا فليس له رفعه ويأخذ المستأجر قيمته ويتركه للوقف وعلى المتولي أن يعطيه الأقل من قيمته مبنيا ومقلوعا ويضبطه للوقف (رد المحتار) وهنا لا يجبر المتولي على إعطاء بدل البناء ووجهه أنه معاوضة وهي متوقفة على التراضي كما هو ظاهر . لكن على صاحب البناء أن ينتظر إلى أن يخلص بناؤه من العرصة ويستلمه حينئذ وإذا سقط شيء من البناء قبل أن يستلمه المستأجر أعطي إليه أي إلى صاحب البناء لأن الخيار للناظر حينئذ بين تملكه جبرا على المستأجر وبين أن يتركه إلى أن يتخلص بناء المستأجر من الأرض (رد المحتار في أوائل الإجارة) . ولا يلزم المستأجر أجرة أرض الوقف

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٩٧/١

بلا شبهة لأن إبقاء البناء لمصلحة الوقف لا لمصلحته ، ولو لزمته الأجرة لزمه ضرران أحدهما التزم به بفعله والآخر لم يلتزم به وهما ضرر التربص إلى وقت التخلص وقد التزم بفعله إذ بنى في أرض الوقف بحسن اختياره بناء لا يتخلص إلا بضرر الوقف فيلزمه وضرر الأجرة من غير انتفاع بالأرض ولم يلتزم به فلا يلزمه (الخيرية) أما إذا لم يكن القلع مضرا بالأرض الموقوفة ففي هذه الصورة يكون المخير هو المستأجر . كذلك لو أحدث المستأجر في دار الوقف المأجورة منه ترميما غير مستهلك بدون إذن الناظر فليس له

". (١)

" أيضا باقيا . يعني أن الرهن مضمون مقابل شيئين أحدهما الدين والآخر القبض . وإذا فات أحدهما كما لو أعيد المرهون إلى الراهن مثلا أو أبرأ المرتهن الراهن من الدين فلا يبقى الرهن أيضا ويسقط ضمانه ؛ لأنه كما ذكر في شرح المادة (٧١٦) متى كانت العلة ذات وصفين فبانعدام أحدهما ينعدم الحكم ' البزازية رد المحتار عبد الحليم . - * * * * * - الأحوال التي تسقط حق الإمساك في الرهن صراحة أربعة والتي تسقطه ضمنا خمسة فبناء عليه الذي يسقط حق الحبس في الرهن تسعة أسباب . يسقط حق المرتهن في حبس وإمساك الرهن صراحة في أربعة وجوه : الوجه الأول : إذا فسخ المرتهن عقد الرهن وأعاد المرهون إلى الراهن على طريق الفسخ وأخرج المرهون من قبضته فلا يبقى له حق الحبس بناء على المادة (٥١) . فإذا كما أن إتمام عقد الرهن بقبضه فإتمام فسخ الرهن أيضا يكون بإعادة الرهن المقبوض إلى الراهن . ويلزم أيضا أ ن تكون هذه الإعادة على طريق الفسخ حتى أنه إذا لم يعد على طريق الفسخ بل على وجه العارية لا يكون الرهن باطلا ولا يسقط من الحكم عبد الحليم . انظر المادة (٧٤٩) وشرحها . الوجه الثاني : إذا أوفى الدين . الوجه الثالث : إذا أبرئ الراهن من الدين . الوجه الرابع : إذا وهب الدين للراهن . فلا يبقى للمرتهن حق الإمساك (رد المحتار) . فسخ الرهن ضمنا : يمكن أن ينفسخ عقد الرهن في الوجوه الخمسة الآتية أيضا : الوجه الأول - إذا أجر المرتهن المرهون بأمر الراهن إلى آخر وسلمه للمستأجر فالإيجار صحيح وينفسخ عقد الرهن ويبطل وأما مجرد الإيجار بدون التسليم فلا يفسخ الرهن الحموي والأجرة في هذا الإيجار تكون للراهن ويكون المرتهن وكيلا بالإيجار . الوجه الثاني والثالث مذكوران في مادتي (٤٧٤ و ٥٧٤) . الوجه الرابع : إذا أجر الراهن المرهون بإذن المرتهن لآخر وسلمه للمستأجر فالإجارة صحيحة وال رهن ينفسخ ضمنا . حتى إنه بعد ذلك عند انقضاء مدة الإيجار لو بقي الدين فلا يعود عقد الرهن السابق يعني أن المال المرهون لا يكتسب صفة كونه مرهونا كالأول . وتجديد العقد لازم . الوجه الخامس إذا باع الراهن الرهن للمرتهن ينفسخ عقد الرهن . ولو أقال الطرفان بعد ذلك عقد البيع لا يعود المبيع المذكور إلى الرهنية ما لم ينشأ عقد الرهن مجددا **بالتراضي** (فتاوى ابن نجيم) . - * * * * * - (المادة ٧١٩) (يجوز أن يعطي المكفول عنه رهنا لكفيله) . المقصود من الكفيل أولا الكفيل للمال ، ثانيا الكفيل منجزا ، ثالثا الكفيل بالأمر . يعني إذا كفل شخص آخر بأمره ألف قرش دينه المطلوب منه للشخص الفلاني أو لجانب الحكومة

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٢٢/١

وأعطى هذا الآخر للشخص المذكور رهنا صح ذلك . سواء أدفع الكفيل المكفول به إلى الدائن وتحقق بهذه الصورة مطلوبه عند المكفول عنه في الحال أم لم يدفع ولم يتحقق مطلوبه عنده في الحال

". (١)

" . . ماذا يكون بدل الضمان ؟ وفي هذه الحال يقبض الراهن والمرتهن القيمة المذكورة من العدل ويعطيانها **بالتراضي** العدل المرقوم أو عدلا آخر . وإذا لم يتفقا يراجعان الحاكم والحاكم يضعها في يد عدل . والأمثل أن تقبض القيمة المذكورة من العدل المرقوم ولا تعتبر تلك القيمة موضوعة رهنا عند العدل المرقوم لأنه حيث إن القيمة المذكورة واجبة على العدل فإذا قصد إقامتها رهنا في يده قبل القبض لزم أن يكون العدل موفيا ومستوفيا للدين في آن واحد . وبالنظر لوجود المنافاة التامة بين الإيفاء والاستيفاء فلا يمكن لهاتين الصفقتين أن تجتمعا في شخص واحد (الطحطاوي والأنقروي) ولكن تجري في هذا التفصيلات الآتية . حكم الضمان فيما لو أعطى العدل الرهن الراهن : إذا أعطى العدل الرهن الراهن ولهلاكه في يده بعد أن يضمن قيمته وتودع تلك القيمة برأي الراهن والمرتهن أو برأي الحاكم عنده ثانية أو عند عدل آخ ر فإذا أوفى الراهن دينه للمرتهن تبقى القيمة المذكورة مالا للعدل ويأخذها ممن وجدت في يده لأنه كما أن الراهن يكون أخذ ماله بالتسليم الأول فالمرتهن أيضا يكون استوفى دينه . فلو صارت القيمة المذكورة في هذا التقدير ملك الراهن لوجب اجتماع البدل والمبدل منه في ملك واحد . حكم الضمان لو أعطى العدل الرهن للمرتهن : إذا أعطى العدل الرهن للمرتهن بلا إذن وضمن قيمته يأخذ الراهن بعد أداء الدين القيمة المذكورة من العدل المرقوم أو ممن كانت في يده . وفي هذه الصورة لا يلزم اجتماع البدلين في ملك واحد لأن عين المرهون لم تصل إلى يد الراهن وصار العدل مالكا للمال المذكور بالضمان (رد المحتار) وفي تلك الحالة ينظر : إذا كان العدل أعطى الرهن المرتهن على أن يكون رهنا وقال له مثلا (هذا رهنك خذه مقابل مطلوبك) يرجع العدل المرقوم أيضا على المرتهن بقيمته المذكورة ، سواء أكان هلاك الرهن في يد المرتهن باستهلاكه أم بدونه لأن هذا الإعطاء على وجه الضمان (رد المحتار) . لأنه إذا لم يعطه إياه على وجه الرهن بل على وجه العارية أو الوديعة واستهلكه المرتهن يأخذ العدل قيمته من المرتهن . (راجع المادتين ٧٨٧ و ٨١٤) . (الهندية والشرنبلالي) . وأما إذا هلك في يد المرتهن بلا تعد ولا تقصير في صورة إن كان أعطاه إياه على سبيل العارية الوديعة فليس للعدل أن يرجع على المرتهن . لأن العدل حيث إنه مالك المرهون بالضمان استنادا لوقت التسليم فيفهم أنه أعار أو أودع مال نفسه وبتقدير عدم تعدي وتقصير المستعير والمستودع فعدم ترتب الضمان عليهما أمر واضح (رد المحتار والأنقروي عن الزيلعي) . (بدون رضاه) لأنه إذا رضي له أن يعطي . استثناء – إذا اشترط حين عقد الرهن تسليم الرهن للعدل وإيداعه إليه فليس له بموجب هذه المادة أن يعطيه غيره وإذا أودع المرهون للعدل بدون سبق ذلك الشرط بعد عقد الرهن برضاء الراهن والمرتهن فللمرتهن وحده أن يأخذه من العدل بدون

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٠٤/٢

إذن الراهن (رد المحتار) . وأما الراهن فليس له أن يأخذه بلا إذن المرتهن . - * * * * * - (المادة ٧٥٥) إذا توفي العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين وإن

(١) ".

" وحساب الذهبات المذكورة في مقابلة دينه بإذن الشخص المذكور ورضاه . وإذا كانت الذهبات المودعة موجودة بيد المستودع حين التراضي يقع التقاص بدون احتياج إلى قبض جديد . وأما إذا كانت الدنانير المودعة غير موجودة بيد المستودع حين التراضي وكانت في داره لا يقع التقاص قبل أن يحدد الرجل المرقوم القبض انظر الفائدة في شرح المادة (٢٦٢) ولا يقع التقاص . وليس له أن يستعملها أو يؤجرها أو يعيرها أو يرهنها أو يبيعها ويسلمها أو يهبها ويسلمها لآخر ولا أن يجري تقاصها وحسابها بمطلوبه بدون إذن صاحبها وإذا أجرى واحدة من هذه التصرفات يلزمه الضمان على ما سيذكر في الفقرات الآتية . تفصيل الأسباب : ليس له أن يستعملها ؛ لأن الاستعمال المذكور في مال الغير بلا إذن وهذا غير جائز بحكم المادة (٩٦) من المجلة . وعليه فكما أن للمستودع أن يستعمل الوديعة بالذات بلا إذن صاحبها فليس له أن يجعل غي ر ه يستعملها أيضا . وإنما لم يذكر عدم جواز الاستعمال في هذه الفقرة ؛ لأنه سبق ذكره في المثال الثاني من المادة (٧٨٧) . - * * * * * - استثنائية : استثنيت المسألة الآتية من مسألة عدم جواز استعمال الوديعة بلا إذن . مثلا إذا أودع عند شخص كتب علم فللمستودع أن ينظر في تلك الكتب وأن يطالعها . إن كان النظر وتقليب أوراقها غير مضر في الكتب المذكورة . وهذا النظر يكون من قبيل الاستظلال بجدار الغير والاستضاءة بناره . وللمستودع أن يقرأ في المصحف الشريف المودع عنده . فإذا هلك في حال قراءته لا يلزم الضمان ؛ لأن للمستودع ولاية واقتدارا على التصرف بهذا الوجه والجواز الشرعي مناف للضمان الدر المختار وتكملة رد المحتار) . ٢ - وليس له أن يؤجرها لآخر ؛ لأن الإجارة عقد لازم والإيداع عقد لازم فإذا كان المستودع مالكا الإجارة فإما أن يحصل لزوم ما لا يلزم أي أن يوجب ذلك لزوم عقد الوديع ة مع كونها غير لازمة أو عدم لزوم يعني أن تصير الإجارة غير لازمة مع أنها لازمة . بناء عليه فليس للمستودع أن يؤجر الوديعة بلا إذن لأجل منافع نفسه وليس له أن يؤجرها لأجل المودع أيضا . راجع المادة (٩٦) . ٣ - وليس له أن يعيرها ؛ لأن المستودع غير مالك لمنافع الوديعة وحيث إن الإعارة عبارة عن تمليك المنافع فليس من الممكن أن يملك شخص شيئا لا يملكه . ٤ - وليس له أن يرهنها عند آخر ؛ لأن الرهن إيفاء حكما وليس لشخص أن يفي دينه بمال الغير بلا أمر صاحبه . وعليه فكما أنه ليس للمستودع أن يرهن الوديعة بلا إذن لأجل دين نفسه أو دين شخص أجنبي فليس له أن يرهنها لأجل دين المودع أيضا بلا إذن ؛ لأن الرهن عقد لازم والوديعة ليست عقدا لازما . ٥ - البيع والتسليم : ليس للمستودع أن يبيع الوديعة لآخر بلا إذن ويسلمها . راجع المادة (٩٦) . فإن فعل كان بيعا فضوليا . انظر المادة (٣٦٨) . ٦ - الهبة والتسليم : ليس للمستودع أن يهب الوديعة لآخر ويسلمها بلا إذن . انظر المادة (٩٦)

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٧١/٢

". (١)

" مانعا لأغياره . جواب : يوجد في هذه الصورة إذن لكن الإذن المذكور بالإكراه . وعليه فبما أن الصورة المذكورة تبقى خارجة عن التعريف بقيد – (بدون إذن) الوارد فيه فيكون مانعا لأغياره أيضا . سؤال خامس : إن التعريف المذكور يصدق على صورة أخذ الشفيع المبيع بالشفعة قضاء فلا يكون مانعا لأغياره . جواب : المقصود من المال الواقع في التعريف هو المال المنقول . والشفعة ليست جارية في المنقول فعليه يندفع هذا السؤال بتعبير المال . وقد أجيب في الدر المنتقى على هذا أن المشتري ليس مالكا للمبيع المشفوع حقيقة بل الشفيع هو المالك . فعليه تخرج الصورة المذكورة من التعريف بتعبير (مال أحد فيكون مانعا لأغياره انتهى) وفي هذا الجواب نظر ؛ لأن الملك يتم للمشتري كما هو مصرح في المادة (٩ ٣٦) وينتقل الملك المذكور للشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي . وعلى ذلك فكيف يقال : إن المشتري غير مالك ل لمشفوع ولعل مراده أنه ليس مالكا ملكا مستقرا ، شرط الغصب أن يكون المغصوب عبارة عن المال المتقوم المحترم المنقول (أبو السعود المصري ، الهندية في الباب الأول) . محاسن الغصب ، محاسن الغصب من حيث ترتيب الأحكام وليس من حيث الإقدام عليه كما في الجنايات والديات . والمقصود من بيان كتاب الغصب في هذه الصورة هو عبارة عن تفصيل الحكم المترتب على الغصب وليس في الغصب حسن وطاعة لعدم وجود الإباحة فيه (فتح القدير) – * * * * * – (المادة ٨٨٢) – (قيمة الشيء قائما هي قيمة الأبنية أو الأشجار حال كونها قائمة في محلها وهو أن تقوم الأرض مرة مع الأبنية أو الأشجار ومرة تقوم وهي خالية عنها فالتفاضل والتفاوت الذي يحصل بين القيمتين هو قيمة الأبنية أو الأشجار قائمة) . وهذا التفاضل يكون دائما في صورة تقويم الأرض مع الأبنية أو الأشجار . مثلا : لو كانت قيمة الأرض التي بني عليها والبناء موجود فيها ثمانية آلاف قرش أي قيمتها مع البناء وقيمتها بدون البناء خمسة آلاف قرش فتكون قيمة ذلك البناء قائما ثلاثة آلاف قرش انظر المادة (٩٢٠) . ويفهم من هذا التعريف أن عبارة (القيمة قائمة) تستعمل في البناء والشجر معا وإن يكن قد استعملت الكتب الفقهية عبارة (قيمته نابتا) أيضا فالتعبير المذكور خاص بالشجر فقط وبما أن المجلة لم تستعمله فلم يعرف هنا انظر شرح مقدمة هذا الكتاب . فالقيمة المذكورة في هذه المادة أكثر من القيم المبينة في المادة (٨٨٤ و ٨٨٥) الآتيتين سؤال : مع أن تقويم الأشجار أو الأبنية على أنها قائمة في الأرض فقط كافيا للعلم بقيمتها قائمة فما السبب في التقويم المبين في المجلة ؟ الجواب : بما أن الأبنية والأشجار كما هو موضح في شرح مادتي (٢٦ ٢ و ٢٣٤) من قبيل الأوصاف ولا يكون للوصف قيمة أصالة وبالذات . – * * * * *

". (٢)

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٢٦٨

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٤٥٠

" إذا أنكر الغاصب الغصب تطلب البينة من المغصوب منه فإذا أقام المغصوب منه شهودا تشهد على إقرار الغاصب بالغصب أو شهدوا بمعاينتهم فعل الغصب تقبل شهادتهم ولا يشترط في هذه الدعوى إحضار المنقول المغصوب إلى مجلس المحاكمة حسبما جاء في المادة (١٦٢١) لأن العادة أن يمتنع الغاصب عن إحضار المغصوب ولا يلزم الشهود أيضا بيان أوصاف المغصوب لأنه وإن كان الشهود يمكنهم معاينة فعل الغصب حين الغصب إلا أنه لا يمكنهم الاطلاع على أوصاف المغصوب فلهذه المعذرة سقط من الاعتبار علم الشهود بأوصاف المغصوب (أبو السعود المصري) . صورة حل وفصل الاختلاف في قيمة المغصوب : إذا اتفق الغاصب والمغصوب منه على المال المغصوب فلا ريب بأنه يحكم بتلك القيمة ، أما إذا اختلفا في ذلك فيحكم بالقيمة التي يدعي بها المغصوب منه ويثبتها لأن المغصوب منه قد أثبت مدعيا بالبينة الملزمة (الهداية) انظر المادتين (٧٥ و ٧٦) كما أنه يحكم ببينة المغصوب منه فيما لو أقام كل من الغاصب والمغصوب منه البينة . لأنه لو اختلف المقومون في قيمة شيء يعني شهد اثنان على أن قيمة ذلك الشيء عشرة دنانير وشهد اثنان آخران على أنها تسعة فبما أن بينة الأقل نافية ترجح بينة الأكثر ويجب أن يحكم بعشرة دنانير (الأشباه) انظر المادة (١٧٦٢) . أما إذا لم يثبت المغصوب منه الزيادة التي ادعاها فالقول مع اليمين للغاصب لأن المالك يدعي الزيادة والغاصب ينكرها والقول مع اليمين للمنكر ، انظر مادتي (٨ و ٧٦) الهداية العيني الطحطاوي . أما إذا لم يثبت المغصوب منه الزيادة وصار توجيه اليمين على الغاصب فأراد الغاصب إثبات القيمة بالبينة تخلصا من اليمين التي وجهت إليه وقد بين بعض المشايخ أنه تقبل البينة من الغاصب قياسا على الفقرة الأخيرة من المادة (١٧٧٤) إلا أنه لا تقبل هذه البينة على القول الصحيح (النهاية العناية والعيني ، والشبلي ، ومجمع الأنهر ، ورد المحتار ، وأبو السعود المصري) . فعليه إذا طلب الغاصب أن يثبت القيمة التي ادعاها ولم يقبل المغصوب منه الإثبات وطلب تحليف الغاصب على المقدار الذي يزيد عن إقراره لزم تحليف الغاصب اليمين (رد المحتار عن الخلاصة) . ليس للغاصب حق في رد اليمين أيضا : فعليه إذا لم يستطع المغصوب منه إثبات قيمة المغصوب وصار توجيه اليمين على الغاصب من أجل الزيادة التي يدعيها المغصوب منه فقال الغاصب إني أرد اليمين على صاحب المال وأؤدي القيمة التي يحلف عليها فليس للغاصب حق في ذلك حتى لو قبل المالك بذلك ورضي به لأن هذا **التراضي** وقع على شيء مخالف للشرع فهو لغو (الهندية في الباب السابع) إذا قال المالك إن قيمة المغصوب عشرة دنانير مثلا وقال الغاصب لا أعرف قيمة المغصوب لكنها أقل من القيمة التي يدعيها المالك وبما أن الغاصب قد أقر بقيمة مجهولة ويحتمل أن يكون كاذبا في قوله : لا أعرف قيمته يجبره الحاكم على بيان مقدارها والقول مع اليمين للغاصب على كونه ليس بأزيد من المقدار الذي يقر به . انظر المادتين (٨ و ٧٦) . وإذا لم يبين الغاصب قيمته مع إجباره على الوجه المذكور فيحلف الغاصب على أن قيمة المغصوب ليست عشرة دنانير مثلا كما يدعي المغصوب منه فإذا نكل ثبت المدعى به ، أي ثبت أن قيمة المغصوب عشرة دنانير . أما إذا حلف الغاصب على أن قيمته ليست عشرة دنانير وبما أنه لم يبين الغاصب القيمة رغما عن الإجبار

" (١)

" إذا قبل الغاصب القيمة التي ادعاها المالك وأثبت المالك بالبينة قيمة المال المغصوب أو نكل الغاصب عن حلف اليمين على القيمة التي ادعاها المالك وضمن الغاصب القيمة التي تحقق كان المال المغصوب ملكا للغاصب وليس للمغصوب منه حق المداخلة أي لا يكون المغصوب منه مخيرا في ذلك لأنه بادعاء المغصوب منه بذلك المقدار يكون راضيا به كما أنه لا يكون الغاصب مخيرا في ذلك أيضا لأنه يراعي في ذلك جانب الغاصب لظلمه بإقدامه على الغصب والتغييب وإصراره على ذلك وهذا دليل على رضائه (الخانية ، رد المحتار) . مثلا لو قال المغصوب منه قد أخذت حصاني الذي تساوي قيمته ألف قرش تغلبا وغيبته وأثبت مدعاه وبعد أن أخذ ألف القرش من الغاصب وجد الحصان فليس للمغصوب منه أن يرد الألف القرش للغاصب ويسترد الحصان وكما أن الغاصب في هذه الحالة لا يكون مخيرا إذا ظهرت قيمته أقل من ألف قرش (رد المحتار وعبد الحليم) . - * * * * * - نفاذ بيع الغاصب أو بطلانه : إذا ضمن الغاصب بدل المال المغصوب بعد أن باعه لآخر ينفذ بيعه ، حيث إن الغاصب يملك المغصوب بطريق الاستناد للضمان المذكور أي يملك المغصوب ملكا مستندا إلى وقت الغصب فلذلك نفذ بيعه لأنه بالاستناد المذكور قد تقدم سبب امتلاك الغاصب للمبيع المغصوب على بيعه إياه (جامع الفصولين في آخر الفصل الرابع والعشرين) . يعني أن نفاذ بيع الغاصب متوقف على ضمان الغاصب بدل المغصوب للمغصوب منه . أما لو اشترى الغاصب المال المغصوب بعد البيع المذكور أو اتهبه وتسلمه أو ورث الغاصب للمغصوب منه فلا ينفذ بيع الغاصب المذكور ويكون باطلا . لأن الملك البات (وهو الملك اشتراء اتهابا وإرثا) إذا طرأ على ملك موقوف على أداء الضمان أبطله (أبو السعود المصري ، ورد المحتار) مثلا لو غصب الغاصب في ابتداء محرم مالا وباعه من آخر في منتصف الشهر المذكور وسلمه إياه وضمن في صفر قيمته وقت الغصب ملك المال المذكور بالضمان المذكور ، وينفذ البيع المذكور لاستناد الملك فيه على متأخر وافتراض أنه مالك للمغصوب في ابتداء محرم . أما إذا ضمن قيمته وقت البيع **بالتراضي** على قول الإمامين - فكما أنه ليس مالكا للمغصوب اعتبارا من ابتداء محرم فلو باع المغصوب منه المال المذكور أي المال المغصوب من الغاصب أو وهبه وسلمه إياه بعد أن باعه الغاصب من آخر أو ورثه الغاصب بعد وفاة المغصوب منه يبطل بيع الغاصب (رد المحتار) . وهنا يجب أن يعلم ما هو المثلي والقيمي حتى تفهم هذه المادة كما ينبغي . قد ذكر تعريفا المثلي والقيمي في المادتين (١٤٥ و ١٤٦) كما أنهما ذكرا بتوضيح في المادة (١١١٩) وقد عرفهما بعض الكتب الفقهية ومنها الهندية فقد أتت في الباب الأول من كتاب الغصب على تعريف القيمي والمثلي وعددتهما وبما أنهما يفهمان من تعريفها السالف الذكر فلا حاجة لتعداد أفرادهما (رد المحتار ، وأبو السعود المصري) - * * * * * - (المادة ٨٩٢) - (إذا رد وسلم الغاصب عين المغصوب لصاحبه في مكان الغصب يبرأ من الضمان) يبرأ الغاصب من الضمان أولا إذا رد المغصوب لصاحبه العاقل الحاضر يعني غير الغائب أو نائبه

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٧٠/٢

" (١)

" وتخيير المغصوب منه على هذا الوجه قد نظر فيه إلى منفعة الطرفين وروعي حقهما يعني أنه قد روعي حق الغاصب والمالك معا وفي ذلك صيانة لحق الطرفين أبو السعود المصري . سؤال - إن هذا الخيار قد خصص بصاحب الثوب فلماذا لم يخصص بالغاصب صاحب الصبغ فيقال إن الغاصب مخير إن شاء ترك القماش للمغصوب منه وضمنه قيمة الصباغ وإن شاء أخذ القماش ودفع قيمته . جواب - القماش أصل ومتبوع والصباغة وصف وتابع . حتى إن القول (ثوب مصبوغ) يدل على هذا . وعلى هذا فصاحب الثوب صاحب الأصل . أما صاحب الصبغ فصاحب وصف فعليه قد كان تخيير صاحب الثوب أولى (أبو السعود المصري والجوهرة) . لو باع الغاصب القماش بعد أن صبغه على الوجه المذكور من آخر وسلمه للمشتري وغاب الغاصب ثم حضر بعد ذلك صاحب القماش وحكم على المشتري برده وإعادته للمغصوب منه فللمشتري المحكوم أن يأخذ كفيلا عن بدل الصباغة من صاحب القماش وينقضي البيع بهذا الحكم أيضا (الهندية في الباب الثاني) . لو صبغ الراهن الثوب المرهون الذي في يد المرتهن على هذا الوجه ، فكما أنه يخرج الرهن من الرهنية ويضمن الراهن قيمته للمرتهن فلو رهن الثوب والصباغ معا وسلمه إياهما معا وصبغ الراهن بعد ذلك الثوب المذكور بذلك الصباغ كان المرتهن مخيرا فإن شاء ضمن بدلي الثوب والصباغ . وإن شاء قبل الثوب المصبوغ وأمسكه في يده رهنا (في الباب الثاني من الغصب) (انظر المادة ٧٤١) ، وشرحها . إيضاح قيود المثال : ١ - القماش ، هذا القيد للاحتراز عما إذا غصب الغاصب الصباغ وصبغ به ثوبه . حتى أنه لو غصب صاحب القماش الصباغ وبعد أن صبغ قماشه باعه لآخر فليس لصاحب الصباغ مراجعة المشتري بل يضمن صاحب القماش بدل الصباغ (الهندية في الباب الثاني) إن كان يكال فمثل كيله وإن كان يوزن فمثل وزنه وإن كان لا يكال ولا يوزن فقيمته يوم أخذه وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لأن الثوب متبوع وليس بتابع (الجوهرة) . كذلك لو غصب أحد دارا فجصصها فعلى صاحب الدار عند استرداده الدار أن يؤدي الغاصب قيمة الزيادة الحاصلة مع التجصيص أو يقبل أن يأخذ الغاصب كلسه الأنقروي وللغاصب أخذ كلسه في حالة بقاء الكلس بعد النقض مالا أي إن كان له قيمة كما هو مذكور في شرح المادة (٩٢٥) ويقال لها المرمة غير المستهلكة أما إذا علم أن ليس للمنقوض قيمة أصلا بعد النقض كالصباغ والكلس الذي طلى به الحائط فليس له أخذه وكذا لو نقشها بالأصباغ فإن شاء أخذها وأعطى الغاصب ما زاده الصباغ فيها (الهندية في الباب الثاني) ٢ - إذا صبغ الغاصب قد أسند في هذا فعل الصبغ إلى الغاصب : لأنه إذا صبغ قماش أحد بدون صنع إنسان كأن يهب الريح فيلقي القماش في إناء الصبغ فيصبغ فلا يخير حينئذ صاحب القماش بالخيار المذكور في المجلة وفي هذه الصورة إذا تراضى الطرفان على شيء جاز ذلك التراضي وإلا جرت المعاملة على الوجوه الثلاثة الآتية . (١) أن يؤدي صاحب القماش بدل الصباغ لصاحبه (٢) ، أن يصير الثوب المصبوغ مشتركا

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٤٧٣

" (١) .

" وإن شاء ضمن المتلف ألفي قرش قيمتها وقت الإتلاف (الهندية في أواخر الباب الثاني من الغصب) . بناء عليه لو غصب شخص المال المغصوب من الغاصب وأتلفه أو تلف في يده بتعديه أو بلا تعديه أو ضاع كان المغصوب منه مخيرا إن شاء ضمن الغاصب الأول بدله يوم أخذه من المغصوب منه وفي محله تماما وإن شاء ضمن الغاصب الثاني بدله يوم أخذه من الغاصب الأول وفي محله تماما أيضا . وإذا أراد المغصوب منه تضمين الغاصب الثاني فليس له الامتناع عن تأدية بدل الضمان بقوله أقم دعواك على الغاصب الأول (البهجة) . وإن شاء ضمن مقدارا من قيمة المغصوب أو مثله أي إن شاء ضمن الغاصب الأول قليلا من البدل يوم ومكان الغصب وضمن المقدار الباقي أي ضمن الغاصب الثاني بدله يوم ومكان غصب الغاصب الثاني إياه حتى أنه لو كان لغاصب الغاصب في ذمة المغصوب منه مال من جنس المال المغصوب كان المغصوب منه مخيرا . إن شاء ضمن ا لغاصب الأول وإن شاء ضمن الغاصب الثاني . لأن كليهما غاصبان ، فإذا ضمن الغاصب الأول لا يبرأ المغصوب منه من دين الغاصب الثاني ، أما إذا ضمن الغاصب الثاني وقع التقاص الجبري بدينه وبرئ الغاصب الأول (الخانية) . إيضاح القيود : ١ - بالغصب ، لو أخذ أحد المال المغصوب من الغاصب على أن يرده إلى المغصوب منه كان ذلك غاصبا للغاصب (التنقيح ، البزازية ، رد المحتار) . ٢ - الإتلاف ، والتلف ، هذان القيدان ليسا احترازيين . فلو أحدث شخص غير الغاصب شيئا من النقصان في قيمة المغصوب كان صاحب المال مخيرا . إن شاء ضمن الجاني أي ضمن ذلك الشخص وليس للشخص المذكور الرجوع على أحد وإن شاء ضمن الغاصب وهو يرجع أيضا على الجاني . مثال للإتلاف : إذا ركب أحد على ظهر دابة غيره فلم يحركها ولم يحولها من الموضع الموجودة فيه ولم يترتب ضرر ما على ذلك وجحدها على صاحبها أو امتنع عن تسليمها لدى طلبه إي|اها فجاء أحد ما وعقرها فلصاحب الدابة تضمين من شاء من الراكب والعاقر (الخانية) . كذلك إذا كان المال المغصوب موجودا في يد غاصب الغاصب عينا فللمغصوب منه أن يدعيه على غاصب الغاصب . ولا يشترط حضور الغاصب في هذه الدعوى . يعني للمغصوب منه أن يدعي على غاصب الغاصب بقوله إن هذا المال هو ملكي وقد غصبه فلان الغائب وأنت غصبته منه (الفيضية) . إذا كان المال المغصوب موجودا في يد غاصب الغاصب فلصاحب المال أن يدعي على الغاصب ببدل كما هو مصرح في المادة (١٧٣٥) . تضمين الآخر بعد اختيار تضمين واحد من الغاصب أو غاصب الغاصب : ٣ - إن شاء ، وعليه إذا أخذ المغصوب منه بدل المغصوب من واحد من الغاصب الأول والغاصب الثاني كان الآخر بريئا . وليس له أخذ شيء من الغاصب الآخر بعد ذلك بناء على المادة (٦٥١) . ولذلك ليس للمغصوب منه بعد أن يستحصل حكما على أحدهما أن يترك المحكوم عليه ويدعي عل ى الآخر (الأنقروي) . كالقبض بالتراضي القضاء لقيمة (رد المحتار) . وإذا ضمن المالك أحدهما إما المالك أو غاصب الغاصب أو مودعه برئ الآخر من الضمان (الهندية في الباب الثاني عشر) .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٤٨٤

" (١) .

" أم بالتراضي ؛ لأن القبض لا يتم إلا بالقسمة وعليه فبالقسمة يكون الانتفاع كاملا ، وكما أنه ليس للشفيع نقض قبض المشتري وجعل عهدة البيع على البائع فليس له أيضا حق في نقض القسمة الحاصلة مع القبض الكامل بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه ؛ لأن العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن من تمام القبض الذي هو حكم البيع الأول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع ، (مجمع الأنهر) . سؤال : بما أن الشفيع يملك نقض تصرفات المشتري ، والقسمة بمقتضى المادة ، (١٦ ١ ١) يوجد فيها مبادلة ، أفليس من الواجب أن يكون له نقض القسمة أيضا ؟ الجواب - إن القسمة ، كما هو مذكور في المادة ، (١٦ ١ ١) من وجه إفراز ومن وجه مبادلة . فمن حيث إنها مبادلة فللشفيع حق في نقض القسمة ومن حيث إنها إفراز فليس له حق في ذلك . وعليه وبما أن ه قد حصل شك في حق القبض فلا يثبت هذا الحق بالشك ، (أبو السعود) . أما لو تقاسم المشتري مع آخر غير البائع فللشفيع نقض هذه القسمة . فلو باع أحد الشريكين حصته في الدار المشتركة وتقاسم بعد ذلك المشتري مع الشريك فللشفيع نقض هذه القسمة ، (أبو السعود) ٣ وكما لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسماها بالقضاء أو الرضاء فللشفيع أن ينقض القسمة ، (مجمع الأنهر) - * * * * - (مادة ١ ١٠ ١) - ، (إذا كان الطابق العلوي من البناء ملك أحد والسفلي ملك آخر يعد أحدهما للآخر جارا ملاصقا) وذلك إذا لم يكن الطريق العلوي مارا من السفلي بل كان مارا من طريق عام . والعلوي كما يكون طابقا واحدا يكون أكثر أيضا وفي هذه الصورة أيضا يعد جارا ملاصقا إذا كانت ثلاثة منازل متصلة بعضها ببعض وفوق بعضها بعضا لكل منها باب على الطريق العام فإذا بيع المنزل المتوسط من هذه ا لمنازل كان لكل من المنزلين العلوي والسفلي الشفعة وإذا بيع الأعلى فالشفعة للأوسط وإذا بيع السفلي كانت للأوسط أيضا ، (الهندية في الباب الثاني : ورد المحتار) . ويبين في هذه المادة الحكم الاستحساني ، والقياس عدم جريان الشفعة في العلوي ؛ لأن العلوي لا يبقى على وجه الدوام ويزول بانهدامه . ووجه الاستحسان هو أن حق وضع العلو متأبد . ولصاحبه الحق في إنشائه أيضا بعد الانهدام . وعليه فهذا العلوي كالعرصة ، (أبو السعود بإيضاح) ويفهم من هذه الإيضاحات أن الاشتراك بالبناء مجردا بدون أرض يكون سببا للشفعة من حيث الجوار لا من حيث الاشتراك . وذلك كما مر في شرح المادة ، (١٠٠٨) ، (أبو السعود ، مجمع الأنهر) ، فلو بيع عقار متصل بدار علويها لشخص وسفليها لآخر على ما جاء في هذه المادة ، تثبت الشفعة لصاحب العلوي وصاحب السفلي لكن لو انهدم العلوي قبل الأخذ بالشفعة فتكون الشفعة لص ا حب السفلي فقط عند أبي يوسف وعند محمد تبقى الشفعة لهما معا ، (الهندية في الباب الأول) . وهذه المادة موضوعة لبيان الحكم في الصورة التي يكون العلوي فيها موجودا . أما لو بيع السفلي بعد

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٢٤/٢

" (١) .

" الفصل الرابع في بيان حكم الشفعة – (مادة ١٠٣٦) – ، (يكون الشفيع مالكا للمشفوع بتسليمه **بالتراضي** مع المشتري أو بحكم الحاكم) ؛ لأنه لما كان ملك المشتري في المشفوع تاما ، فإذا لم يكن واحد من هذين الشيئين ، فلا ينتقل ذلك الملك من المشتري إلى الشفيع . وتتفرع المسائل الآتية من عدم ذلك الانتقال : المسألة الأولى : لو توفي الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير ، بطلت الشفعة ولا تورث . المسألة الثانية : لو باع الشفيع المشفوع به قبل **التراضي** والحكم ، بطلت شفعته . المسألة الثالثة : لو بيعت عرصة في جنب العقار المشفوع قبل **التراضي** والحكم فلا تثبت للشفيع الشفعة بسبب ذلك العقار . المسألة الرابعة : لو استهلك المشتري الأثمار الحادثة في المشفوع ، وهو في يد المشتري ، قبل **التراضي** والحكم فلا يلزم المشتري ضمان وليس للشفيع تنزيل حصة من الثمن ، (الطحطاوي) . يستفاد من هذا صراحة وضمنا حكمان : الحكم الأول – يصير الشفيع مالكا للمشفوع بتسليمه **بالتراضي** مع المشتري أو بحكم الحاكم ، يعني يصير الشفيع مالكا للمال المشفوع في إحدى صورتين : الصورة الأولى – يصير مالكا للمشفوع بتسليم المشتري إياه برضاه . يعني أنه يشترط في هذه الصورة ليكون الشفيع مالكا للمشفوع قبضه إياه ، ولا يملكه بدون القبض . الصورة الثانية – يصير مالكا له بحكم الحاكم بالشفعة لدى المحاكمة بناء على عدم تسليم المشتري المشفوع برضاه . وعلى هذه الصورة يدخل المشفوع في ملك الشفيع بمجرد حكم الحاكم ولو لم يقبضه الشفيع ، (الدرر عبد الحليم) . على أن للشفيع أن يقول لا آخذ بدون حكم الحاكم ، ولو أعطاه إياه المشتري برضاه ، ويرفع الدعوى ويستصدر حكما بذلك ؛ لأن في قضاء القاضي زيادة منفعة ، وهي معرفة القاضي بسبب ملكه ، وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين ، فهذا أحوط من الأخذ بغير قضاء ، (الجوهرة) **التر ا ضي** ، من باب التفاعل ، يقال تراضى يتراضى تراضيا ، وبما أنه يكتفي في التسليم برضاء المشتري فقط فكان من المناسب أن يقال ، (برضاء المشتري) بدلا من قوله ، (**بالتراضي**) . المسائل المتفرعة من هذا الحكم : المسألة الأولى – لا يستطيع الشفيع ترك المشفوع بعد حكم الحاكم ، (الدر المنتقى) . يعني ليس للشفيع بعد ذلك أن يقول تركت شفعتي فلا آخذ العقار . المسألة الثانية – إذا توفي الشفيع بعد لحوق الحكم لا تبطل الشفعة ، ويرث ورثة الشفيع المشفوع ،

" (٢) .

" خيار الرؤية والعيب للشفيع ؛ لأن المشتري لما لم يكن نائبا للشفيع فلا يستطيع المشتري إسقاط حق ثابت للشفيع ، (الهداية ، فتح المعين ، الدرر ، الدر المنتقى) . وعليه فلو اتخذ الشفيع الشفعة في العقار الذي رآه المشتري قبل الشراء ، واشتراه أو رآه بعد الشراء ورضي به وضبطه الشفيع بالرضاء أو بحكم القضاء كان مخيرا متى رآه . كذلك

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٨١/٢

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٧٢٥/٢

لو اشترى المشتري عقارا وهو عالم بعيبه فاتخذ الشفيع فيه الشفعة وهو غير عالم بالعيب ، فمتى اطلع على عيبه بعد أن أخذه بالرضاء أو بالقضاء كان مخيرا ، وإن شاء قبله وإن شاء أعاده للبائع إذا كانت عهدة الأخذ عائدة إلى البائع أو للمشتري إذا كانت العهدة راجعة إليه لو بنى الشفيع ثم وجد بها عيبا رجع بالنقصان ورجع المشتري على بائعها أيضا إن كان الأول بقضاء ، (الهندية في الباب السابع عشر) . إيضاح الاستحقاق : إذا ظهر مستحق للعقار المشفوع بعد أن أخذه الشفي ع بالرضى أو بالحكم وأخذه بعد الإثبات والحلف والحكم من الشفيع ، فللشفيع أيضا أن يسترد ثمن المبيع أو المشتري ؛ لأنه تبين أن ثمن المبيع قد أخذ من الشفيع بغير حق ؛ لأن الأرض لم تكن في ملكه ، (الطحطاوي) ، يعني إذا كانت عهدة الشفعة عائدة إلى البائع فيرجع بالثمن عليه ، وإذا كانت راجعة إلى المشتري فيرجع بالثمن عليه أيضا . إيضاح الحبس بالثمن : للمشتري أن يحبس المشفوع لاستيفاء الثمن ، يعني له أن يمتنع من تسليمه للشفيع وإذا أخر الشفيع إيفاء الثمن بعد الحكم ، على ما صار إيضاحه في شرح المادة ، (١٣١٠) ، فلا تسقط شفعته ' الهداية فتح المعين ، الدرر ، الدر المنتقى ، الهندية في الباب الخامس ' . استثناء : الشفعة ليست كالبيع في ضمان الغرور يعني لا يجري ضمان الغرور في الشفعة كما يجري في البيع ، بمقتضى المادة ' ٦٥٨ ' ؛ لأن في الشفعة جبرا . مثلا ، لو بنى الشفيع أبنية على العرصة المشفوعة بعد أخذه إياها بالشفعة ثم ظهر لها مستحق ، فضبط العرصة وهدمت الأبنية بطلبه ، فللشفيع أن يأخذ الثمن من البائع أو المشتري كما وضح آنفا ، إلا أنه ليس له حق الرجوع عليهما بقيمة الأبنية ' الهندية في الباب الخامس ' والفرق بين الشفيع والمشتري أن المشتري صار مغرورا من جهة البائع لما أوجب له في الدار صار غارا له ، والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان والخسران ، أما الشفيع فلم يصر مغرورا من جهة المشتري ؛ لأنه تملك الدار على كره منه فلا رجوع عليه ، (الطحطاوي) - * * * * * - (مادة ١٠٣٨) - ، (لو مات الشفيع بعد طلب المواثبة وطلب التقرير وقبل أن يكون مالكا للمشفوع بتسليمه **بالتراضي** مع المشتري أوبحكم الحاكم لم ينتقل حق الشفعة إلى ورثته) ، سواء توفي قبل الطلب أم بعده . بناء عليه فلا حق للورثة في طلب الشفعة ؛ لأنه لما كان المورث غير مالك للعقار المشفوع وكذلك الوارث لا يكون مالكا ، وبما أن حق الشفعة هو عبارة عن حق تملك ومشيئة فهو قائم بالشفيع ، وموت الشفيع يبطل الشفعة ، (الهندية وفتح المعين ومجمع الأنهر) ؛ لأن الشفيع

(١) ".

" أو استهلكه يقع التقاص ولا يشترط في ذلك **التراضي** لأنه وجد منه القبض (الهندية في كتاب الصرف في الباب الثالث من الفصل الأول) ويوجد أربعة شروط في وقوع التقاص بدون تراض : الشرط الأول - أن يكون كلاهما دينا ، فلذلك لا يحصل التقاص في الوديعة عن الدين بدون **التراضي** مثلا : لو كان زيد مدينا لعمر و بعشرة دنانير ثم أودع زيد عمرا عشرة دنانير فلا يحصل التقاص بذلك بدون **التراضي** ، وإذا كانت الوديعة عند **التراضي** في يد المستودع

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٧٣٠/٢

تم التقاص أما إذا لم تكن في يده بل كانت في داره مثلا فلا يتم التقاص ما لم يرجع إلى داره ويأخذها (الأشباه والحموي والأنقروي) . أما إذا استهلك المستودع تلك الوديعة ولزم ذمته دين ضمانا لتلك الوديعة فيحصل حينئذ التقاص بدون **التراضي** . الشرط الثاني – أن يكون الدينان معجلين فلذلك إذا كان الدينان مؤجلين أو كان أحدهما مؤجلا والآخر معجلا فلا يحصل التقاص ما لم يتفق الطرفان . الشرط الثالث – يجب أن يكون الدينان متحدين جنسا فعليه لو كان أحدهما ذهبا والآخر فضة فلا يقع التقاص بدون **التراضي** كما أنه لا يقع أيضا لو كان أحدهما سكة خالصة والآخر سكة مغشوشة (الهندية في الباب الثالث في الفصل الأول من الصرف بزيادة) . يقع التقاص في الدينين المختلفي الجنس **بالتراضي** وذلك لو كان لزيد في ذمة عمر و عشرة دنانير ثم باع عمر و لزيد مالا بخمسين ريالا واتفقا على التقاص جاز (الهندية من المحل المذكور) . الشرط الرابع – يجب أن يكون الدينان متساويين قوة فلذلك لو كان للزوج دين في ذمة الزوجة من جهة ثمن المبيع أو من جهة القرض وطلبت الزوجة نفقة من زوجها فلا يقع تقاص بين الدين المطلوب للزوج وبين النفقة المطلوبة بلا رضاء الزوج ؛ لأن دين النفقة أضعف (الأنقروي) . سابعا – يسقط الدين بالإبراء ، وذلك لو سمع الدائن أن مدينه توفي فأبرأه من الدين أو وهب الدين إليه ثم ظهر له أن المدين حي يرزق تمت البراءة وليس للدائن الرجوع عن إبرائه . انظر المادة (١ ٥) لأنه وهبه منه بغير شرط . (الخانية في براءة الغاصب والمدين) . إن الإبراء على وجهين : الوجه الأول – أن يبرئ المبرئ وهو عالم بحقه ومطلوبه ، وفي هذه الصورة تحصل البراءة ديانة وحكما وقضاء بالاتفاق ويسقط الحق . الوجه الثاني – أن يبرئ المبرئ وهو لا يعلم حقه ومطلوبه وفي الإبراء في هذه الصورة تحصل

(١) ".

" السند أو إعادته (الدرر قبيل الكفالة) . انظر شرح المادة (١ ٦٣) ولذلك فادعاء سقوط الدين بضياع السند من يد الدائن لا يلتفت إليه كما أنه لو قال المدين بتسعين درهما لدائنه : أد لي سندي وخذ أربعين درهما فأخذ الأربعين درهما وأداه سند التسعين درهما ولم يجر صلح بينهما فلا يسقط حق الدائن في الخمسين درهما الباقية على قول (الأنقروي في المداينات عن القنية) المسألة السادسة والعشرون – إذا استقرض أحد نقودا غالبة الغش أو زيوفا عندما كانت رائجة (انظر شرح المادة ١٣٠) واستهلكها ثم كسدت ففي صورة تأديتها ثلاثة أقوال : القول الأول : قول الإمام الأعظم وهو لزوم مثلها كاسدا وعدم لزوم قيمتها ولا يعتبر الغلاء والرخص ، أي إذا كان في بلد واحد . القول الثاني : قول الإمام أبي يوسف وهو لزوم قيمتها يوم القبض وهذا القول أقرب للصواب وقد أفتى بعض مشايخنا بقول أبي يوسف (وقوله أقرب لل صواب في زماننا) ، القول الثالث : قول محمد وهو لزوم قيمتها في آخر يوم من رواجها والفتوى عليه (الدر المختار والطحطاوي) . مثلا : لو استقرض أحد سبعمائة درهم نحاسيا عندما كانت مائة وأربعون درهما رائجة بدينار ذهب عثماني واستهلكها ثم كسدت الدراهم النحاسية فعلى رأي الإمام أبي يوسف يكون المستقرض

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٨٩/٣

مجبورا بأن يؤدي خمسة دنانير عثمانية أو ريالات فضية بموجب الحساب المذكور . كذلك لو استقرض أحد خمسين ريالا أثناء ماكان الريال رائجا وقبضها واستهلكها ثم كسد فعند الإمام أبي يوسف يجب أداء قيمة الريالات المذكورة يوم قبضها ذهبا ، وليس له أن يؤدي مثل الريال الكاسد (علي أفندي في نوع في الكساد) . - * * * * * - المسألة السابعة والعشرون - لو استقرض أحد شيئا من المكيلات أو الموزونات وانقطع مثله بعد الاستهلاك وقبل الأداء أي لم يوجد مثله في الأسواق فإذا تراضى المقرض والمستقرض على قيم ته وتقابضا في مجلس **التراضي** فبها وإلا يكون المقرض مجبورا على الانتظار حتى يحدث ويدرك مثل المقروض بخلاف الفلوس إذا كسدت لأن هذا ما لا يوجد (التنوير والدر المختار والطحطاوي) . - * * * * *

---

(١) ".

" إلا أن تمام هذه القسمة مشروط بتسليم حصة الغائب ولا تتم القسمة قبل التسليم ، فلذلك إذا تلفت حصة الغائب قبل التسليم تنتقض القسمة ويكون خسار التالف عائدا على الشريكين وتكون الحصة التي قبضها الشريك مشتركة بينهما ؛ لأنه لما كان في هذه القسمة جهة مبادلة ، ويلزم في المبادلة تراضي الطرفين ، ولم يكن للغائب رضاء سابق في ذلك كما أنه لم يتصل منه رضاء لاحق بصورة أخذ حصته ، فلذلك إذا تلفت حصة الغائب لزم الاشتراك في الحصة الباقية . كذلك لو كانت المثليات مشتركة بين بالغ وصغير وأخذ البالغ حصته وسلم حصة الصغير للصغير أي لوليه فتتم القسمة ، أما إذا تلفت حصة الصغير قبل التسليم فتنتقض القسمة ويكون خسار التالف عائدا على الشريكين كما أن الموجود يكون مشتركا بينهما (رد المحتار) . ويحترز بقوله في هذه الفقرة (إذا تلفت حصة الغائب) من تلف حصة الحاضر ؛ لأنه إذا تلفت حصة الحاضر بعد القسمة وقبل استلام الغائب حصته فلا يوجب ذلك انتقاض القسمة (رد المحتار ولسان الحكام) . المسألة الثانية - إذا كان المثلي مشتركا بين بالغ وصغير فللبالغ أخذ حصته وإذا سلمت حصة الصغير بعد البلوغ للصغير أو لوليه أو لوصيه حال صغره تنفذ القسمة وإلا فلا (أبو السعود) . المسألة الثالثة - جواز مرابحة البيع على نصف الثمن وذلك إذا اشترى اثنان مائة كيلة حنطة على أن تكون مشتركة مناصفة بمائة ريال ثم قسماها بينهما إلى قسمين ثم باع كل منهما حصته مرابحة بخمسة وخمسين ريالا جاز (العناية) . - * * * * * - المادة (١١١٨) - (جهة المبادلة في القيميات راجحة والمبادلة تكون إما **بالتراضي** أو بحكم القاضي ، فلذلك لا يجوز لأحد الشريكين في الأعيان المشتركة من غير المثليات أخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون إذنه) . جهة المبادلة في القيميات أي في العقار والعدديات المتفاوتة راجحة عن جهة ال إفراز ؛ لأنه يوجد تفاوت في أبعاض القيميات فلا تحصل بينهما معادلة تامة فلذلك لا يمكن جعل النصيب الذي يأخذه الشريك عند التقسيم عين حقه يقينا (الدر ومجمع الأنهر وأبو السعود) ؛ لأنه وإن كان نصف هذا النصيب هو عين حقه إلا أنه النصف الآخر هو بدل لحقه الذي بقي عند شريكه وهذا البدل لم يكن عين المبدل كما أنه ليس مثله ، وعلى هذه الصورة فالذي يأخذ هذا النصف

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٩٤/٣

الآخر ولا يكون آخذ عين حقه حقيقة كما أنه لا يكون آخذ مثله (حيث لم يكن من المثليات) فلا يكون آخذا عين حقه صورة أيضا . وعلى ذلك يكون قد أخذ تلك الحصة بدلا وعوضا إلا أنه لا يوجب هذا

". (١)

" السؤال الثاني – لو كانت جهة المبادلة راجحة لكان يجب جريان الغرور المبين في المادة (٦٥٨) في القسمة يعني إذا قسمت عرصة إلى قسمين وأنشأ أحد المتقاسمين بناء في حصته فإذا ضبطت العرصة بالاستحقاق بعد ذلك فليس لصاحب البناء أن يسلم شريكه نصف البناء ويطلب قيمته من شريكه مع أنه كان له ذلك باعتبار جهة المبادلة راجحة ؟ . الجواب – إن عدم جريان ضمان الغرور في القسمة هو لأن كل شريك من الشريكين محتاج لتخليص حقه ومنع رفيقه من الانتفاع به وهذا لا يكون إلا بالمبايعة فاضطر لتلك المبايعة لإحياء حقه فلذلك كانت المبايعة المذكورة جبرية فلا يثبت فيها حكم الغرور كما لا يثبت حكم الغرور إذا أخذ الشفيع المشفوع بحكم القاضي (الكفاية في أول القسمة) . والمبادلة إنما تكون بتراضي الطرفين في قسمة الرضاء أو بحكم القاضي في قسمة القضاء ، وحصول المبادلة بالتراضي ظاهر كبيع إنسان ماله رضاء لآخر بكذا درهما أو بتأجيره ماله لآخر بتسمية كذا درهما بدلا ، أما كون المبادلة بحكم القاضي فهو يكون من أجل حق الغير في الأموال التي لا يمكن الاستحصال على الحق فيها بدون الإجبار وقد جاز فيها الإجبار وقد بين آنفا أن القسمة هي من هذا القبيل (رد المحتار) . ويتفرع عن كون جهة المبادلة راجحة في القيميات ثلاث مسائل : المسألة الأولى – لا يجوز لأحد الشريكين في الأعيان المشتركة من غير المثليات ولو كانت متحدة الجنس أخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون إذنه ؛ لأن نصف الحصة الذي يأخذه كل شريك منهما هو وإن كان ملكه إلا أن النصف الآخر هو عوض عن الحصة التي بقيت في يد شريكه وبدل لها ففي المبادلة يجب إذن الشريك . عبارة (في غيبة الآخر) الواردة في هذه الفقرة هي بمقام بدون إذنه وعطف ما بعده عليه هو عطف تفسير فلذلك لو كان الشريك حاضرا ورأى بعينيه شريكه الآخر يأخذ حصته ولم يرض بذلك فليس للشريك الآخذ أخذ تلك الحصة انظر المادة (١١٢٨) . المسألة الثانية – لو كان مال قيمي مشتركا بين صغير وبالغ فليس للبالغ أخذ حصته بل يجب تقسيم المال المشترك في حضور الولي أو الوصي قضاء أو رضاء . المسألة الثالثة – لا تجوز مرابحة البيع على نصف الثمن ، وذلك لو اشترى اثنان دارا كبيرة بثمانمائة دينار على أن تكون مشتركة بينهما مناصفة ثم قسماها بينهما مناصفة إلى قسمين وباع كل منهما حصته مرابحة بأربعمائة وخمسين دينارا فلا يجوز (الهداية) . – * * * * * – المادة (١١١٩) – (المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض

". (٢)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٠٦/٣

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٠٨/٣

" – المادة (١١٢١) – (قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين أي بين أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيقسمونه بينهم **بالتراضي** أو يقسمه القاضي برضائهم جميعا) . قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين ويقرأ لفظ المتقاسمين بصيغة الجمع ويصح أن يراد بالجمع معنى ما فوق الواحد كما يجوز قراءتها بالتثنية على أنها بيان لأقل مراتب الشركاء . وهي القسمة التي تجري بين جميع أصحاب الملك المشترك بالرضاء فيقسم جميع الشركاء بالرضاء أو يقسم القاضي بينهم برضائهم وقد جازت قسمة الرضاء ؛ لأن للشركاء الولاية على أنفسهم وعلى أموالهم (مجمع الأنهر) . ويفهم من الإيضاحات السالفة أن قسمة الرضاء نوعان : النوع الأول – هو عبارة عن تقسيم المتقاسمين بالذات بالرضاء . النوع الثاني – تقسيم القاضي برضاء المتقاسمين . ويفهم من قيد (برضاء أصحابهم) أنه لو كان أحد الشركاء صغيرا أو مجنونا فلا يكون حكم لرضائه فلذلك يجب أن ينوب أحد عنه . انظر المادة (١١٢٨) (مجمع الأنهر والدر المختار) . – * * * * * – المادة (١١٢٢) – (قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبرا وحكما بطلب بعض المقسوم لهم أي بطلب بعض أصحاب الملك المشترك) . قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبرا وحكما بطلب بعض المقسوم لهم . وقد تفنن في العبارة فلم يذكر عبارة المتقاسمين الواردة في المادة السابقة ، وتعبير (جبرا) عطف تفسير وذلك لو كان الشركاء خمسة أشخاص فراجع أحدهم القاضي أو اثنان منهم أو ثلاثة أو أربعة منهم وطلب القسمة لامتناع الشركاء الآخرين فيقسم القاضي بينهم . وقد بين في هذه المادة أن القاضي هو الذي يقسم بينهم إلا أنه لما كان التقسيم ليس قضاء وحكما حقيقة فغير مفروض على القاضي مباشرة القسمة بالذات ، وعليه فالقاضي إن شاء باشر القسمة بالذات وإن شاء حول أمر التقسيم إلى قسام لكنه مفروض على القاضي أن يجبر الشريك الممتنع عن القسمة ؛ لأنه لا يقتدر غير القاضي على الجبر إلا أن القضاة في زماننا يباشرون القسمة بالذات . وقد اختلف في جواز أخذ القاضي أجرة مقابلة عمله بالتقسيم ، فقد بين في المتون الفقهية أن التقسيم لم يكن من القضاء حقيقة وأن للقاضي أن يأخذ مقابل عمله في التقسيم أجرة أي أجر مثله أي

(١) ".

" وأخذ أحدهما طرفا والآخر طرفا آخر ورضيا بذلك فلا تصح القسمة أيضا ؛ لأن الحنطة من الأموال الربوية فلا يصح تقسيمها مجازفة ، أي أنه لو قسمت الحصص وأفرزت على وجه التخمين فلا تصح القسمة كما أنه لا يصح تقسيم صبرتي حنطة بأن يأخذ أحد الشريكين صبرة ويأخذ الآخر صبرة أخرى . والحاصل أنه يجب أن تقسم المكيلات والموزونات بالكيل والوزن وأن تتساوى الحصص أي أن تكون بنسبة حصص الشركاء في المال المشترك . فلذلك لو قسم الشريكان الأربعين كيلة حنطة المشتركة بينهما مناصفة وكانت ثلاثون كيلة حنطة منها من النوع الأدنى وتساوي قيمتها عشرة دنانير فقط وكانت العشرة الكيلات الأخرى من النوع الأعلى وكانت قيمتها عشرة دنانير أيضا واقتسمها الشريكان **بالتراضي** أو بالقضاء فأخذ أحدهما الثلاثين الكيلة الدنيا وأخذ الآخر العشرة الكيلات العليا فلا يجوز . أما

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١١٢/٣

لو أخذ مع الحنطة العليا مالا آخر من خلاف الجنس كثوب قماش فيصح وتكون الفضلة التي بقيت للطرف الآخر مقابل ثوب القماش . كذلك لو كانت أرض مشتركة مزروعة حنطة فاقتسمها الشريكان بقرب موسم الحصاد وأخذ كل منهما جهة من المزروعات غير المحصودة فلا يجوز ؛ لأنه يحتمل أن يكون قد أخذ أحد الشريكان حصة أكثر من الآخر فيكون ربا في هذا الحال . أما إذا أعطى أحد المتقاسمين مالا من ملكه للآخر وأدخله في التقسيم فتصح القسمة في هذا الحال كما ذكر آنفا (القنية في القسمة والهندية والطوري) . - * * * * * - المادة (١١٢٥) - (يشترط أن يكون المقسوم ملك الشركاء حين القسمة ، فلذلك لو ظهر مستحق لكل المقسوم بعد القسمة بطلت القسمة ، وكذلك إذا ظهر مستحق لجزء شائع من المقسوم كنصفه أو ثلثه بطلت القسمة ويلزم تكرار تقسيم المقسوم . كذلك إذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلت القسمة وتكون الحصة الباقية مشتركة بين أصحاب الحصص وإذا ظهر مستحق لمقدار معين في ح صة أو جزء شائع منها فيكون صاحب تلك الحصة مخيرا إن شاء فسخ القسمة وإن شاء لا يفسخها ورجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصة الأخرى مثلا لو قسمت عرصة مساحتها مائة وستون ذراعا إلى قسمين فظهر بعد التقسيم مستحق لنصف حصته فلصاحب الحصة إن شاء فسخ القسمة وإن شاء رجع على شريكه بربع حصته ، يعني يأخذ من حصته محل

". (١)

" الغلط في القسمة وتسليم الحصة ودعوى الحدود ولكن لا تسمع دعوى : أن كذا مالا من المقسوم كان مالا لي قبل القسمة . والحاصل أنه تقع خمسة أنواع من الدعوى ، أربعة منها مسموعة وواحدة غير مسموعة ، ويوضح ذلك على الوجه الآتي : ١ - إيضاح دعوى الغبن الفاحش ، ويفهم من ذكر الغبن بصورة مطلقة أن الغبن سواء كان في القيمة كما هو في القيميات ، ويطلق على دعوى الغبن الفاحش في القيميات دعوى الغلط في القيمة وهي أن يقدر بدل حصة أحدهما ألف درهم فيظهر بعد ذلك أن بدلها وقيمتها خمسمائة درهم فقط (رد المحتار) ، أو كانت عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الزرع أو الوزن أو العدد ويكون ذلك في المزروعات والموزونات والمعدودات أي أنه يشمل جميع هؤلاء (عبد الحليم) . فلذلك إذا تبين وجود الغبن الفاحش في القسمة بالحجة فتفسخ القسمة كما هو مذكور في المادة (١١٦٠) وتقسم ثانية قسمة عادلة أي أنه يجب أن يثبت وجود الغبن الفاحش في القسمة بالبينة ؛ لأن الظاهر وقوع القسمة على وجه المبادلة فلا تنقض إلا ببينة وإذا لم تكن بينة يحلف المنكر اليمين (رد المحتار) ، ويتوجه اليمين على الشريك أي على المدعى عليه ولا يتوجه على القاضي الذي قسم أو على القسام الذي نصبه القاضي (الباجوري) . مثلا إذا ادعى أحد الورثة بعد اقتسام التركة وجود الغبن الفاحش في القسمة وأثبت الغبن الفاحش فله طلب تقسيم التركة قسمة عادلة (علي أفندي) . اختلاف الفقهاء : قد اتفق على إبطال القسمة القضائية التي يتحقق فيها وقوع الغبن الفاحش ؛ لأن تصرف القاضي مقيد ومشروط بموافقته للعدل فإذا لم تكن عدالة في القسمة فيجب

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١١٦/٣

فسخها ، أما إذا كانت القسمة التي وقع فيها الغبن الفاحش رضائية فإذا قال بعض العلماء بعدم جواز فسخها ففي ذلك وجه ؛ لأنهم قالوا : كما لا تصح دعوى الغبن الفاحش في البيع بدون تغرير فيجب أن لا تعتبر أيضا القسمة ؛ لأنه قد وقع التراضي بين المتقاسمين (الطوري ورد المحتار) وقد قال بعض العلماء وأصحاب المتون بأنه تسمع دعوى الغلط والغبن الفاحش الرضائية أيضا وأنه يجوز إبطالها عند الثبوت ؛ لأن جواز شرط القسمة وجود المعاملة فيها وقد عد هذا القول هو القول الصحيح . فلذلك قد ذكرت القسمة في المجلة بصورة مطلقة وحيث إن المطلق يجري على إطلاقه حسب المادة (٦٤) فيفهم أن المجلة قد اختارت القول الثاني (رد المحتار ونتيجة الفتاوى بزيادة) . ويفهم من هذه الإيضاحات أنه لا يشترط في دعوى الغبن الفاحش في القسمة وجود التغرير كما في البيع .

".(١)

" يشترط في قسمة القضاء أن يكون المال المشترك قابلا للقسمة فلذلك إذا طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر عنها فيقسمه القاضي جبرا أي حكما إذا كان المال المشترك قابلا للقسمة ؛ لأن القسمة هي لتكميل المنفعة والتقسيم في المال القابل للقسمة أمر لازم (مجمع الأنهر) . وقيد (إذا طلب) الوارد في هذه الفقرة هو مبني على المادة (١١٢٩) فلذلك إذا طلب أحد الشريكين القسمة وادعى الشريك المطلوبة منه القسمة أنه باع حصته لآخر وأراد إقامة البينة لإثبات البيع فلا تقبل بينته هذه لدفع القسمة ؛ لأنه يريد بإثبات فعله البيع إبطال حق شريكه القسيم (الطوري) . وإذا لم يكن قابلا للقسمة فلا يقسمه القاضي جبرا أي لا يجوز له تقسيمه ؛ لأن الجبر على القسمة هو لتكميل المنفعة وبما أنه في ذلك تفويت للمنفعة فينتج التقسيم عكس المقصود (أبو السعود) وفي هذه الصورة لو طلب أحدهما المهايأة وامتنع ال آخر فيجبر على المهايأة . انظر المادة (١١٨٣) . وفي هذا الحال إذا كان المال المشترك دارا أو حانوتا غير قابل للقسمة وتنازع الشريكان فقال أحدهما : لا أؤجرها ولا أنتفع بها ، وقال الآخر : أريد الانتفاع أو التأجير . وراجع القاضي في ذلك فالقاضي يهايئهما ويقول للشريك الذي لا يريد الانتفاع : (إن شئت انتفع في نوبتك وإن شئت أغلق المحل) . (رد المحتار) . قد أجيب في شرح المادة (١١١٨) على الاعتراض الواقع على عدم جواز القسمة جبرا بداعي أنه يوجد في القسمة جهة المبادلة وبأنه يجب في المبادلة تراضي الطرفين (الطوري) . وإجبار الشريك الممتنع عن القسمة من واجبات القاضي أي فرض عليه ولكن لا يجب على القاضي أن يباشر القسمة بنفسه فإن شاء باشرها بنفسه وفي هذه الصورة فمسألة أخذ القاضي أجرة مقابل عمل التقسيم قد بينت في شرح المادة (١١٢٢) . وإن شاء لا يباشر التقسيم بنفسه ويحيله إل ى قسام (الطوري ورد المحتار) . إن شرط كون المال المشترك قابلا للقسمة هو في قسمة القضاء أما في قسمة الرضاء أي في تقسيم جميع الشركاء المال المشترك بالتراضي وبالذات فلا يشترط أن يكون المال المشترك قابلا للقسمة ، فلذلك إذا رضي جميع الشركاء بتقسيم المال المشترك غير القابل للقسمة وقسموه فالقسمة صحيحة ؛ لأن التقسيم حقهم كما بين في المادة (١١٤١) . – * * * * *

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٢٤/٣

____

(١) ".

" المسألة الرابعة – الأراضي الأميرية : يشترط في تقسيم الأراضي الأميرية أن ينتفع جميع الشركاء النفع الذي كانوا ينتفعون به قبل التقسيم ، فلذلك إذا كان التقسيم غير نافع لجميع الشركاء أو كان نافعا لبعضهم ومضرا بالآخرين أو مفوتا لمنفعته المقصودة فلا تصح القسمة بطلب الشريك الغير المنتفع ، كما أنها لا تصح أيضا بطلب الشريك المنتفع . – * * * * – المادة (١١٤١) – (لا تجري قسمة في العين المشتركة التي يضر تفريقها وتبعيضها بكل واحد من الشركاء . مثلا إذا قسمت الطاحون فلا تستعمل طاحونا بعد ، فلذلك تفوت المنفعة المقصودة منها . وعليه فلا يسوغ للقاضي قسمتها بطلب أحد الشركاء أما **بالتراضي** فتقسم ، والحمام والبئر والقناة والبيت الصغير أو الحائط بين الدارين هي كذلك والعروض المحتاجة إلى الكسر والقطع كحيوان واحد ومركبة واحدة وسرج واحد وجبة واحدة وحجر خاتم واحد هي من هذا القبيل فلا تجري قسمة القضاء في أي واحد منها) . لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة التي يضر تفريقها وتبعيضها أي تقسيمها بنسبة حصص الشركاء بكل واحد من الشركاء أي التي تفوت المنفعة المقصودة منها لأن الإجبار على القسمة قد شرع لتكميل المنفعة وإجراء القسمة في عين مشتركة كهذه يستوجب تفويت المنفعة ويأتي بعكس النتيجة (الدرر) عدا أن طالب القسمة هو متعنت ومتصد لإضرار الغير فالقاضي لا يباشر عملا كهذا غير مفيد وباعثا للضرر الطوري . مثلا إذا قسمت طاحون مشتركة فلا يمكن استعمالها طاحونا (الدرر) ولو كان الانتفاع بها ممكنا باتخاذها إصطبلا أو مخزنا لا تعد قابلة للقسمة إذ تفوت بذلك المنفعة المقصودة فلذلك لا يقسمها القاضي بطلب أحد الشركاء أي بطلب بعضهم والحمام كالطاحون الطوري . أما إذا كانت الطاحون ذات حجرين وكان الحمام ذا مخزنين وكان الانتفاع بهما كالأول فهما قابلان للقسمة . انظر شرح المادة (١١٣١) . (رد المحتار ولسان الحكام) . وقد أفتى في الحامدية بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة وهي مشتملة على عودين ومطبخين وبئرين للزيت لأنها قابلة للقسمة بلا ضرر (رد المحتار) . أما **بالتراضي** أي بتراضي جميع الشركاء فتقسم لأن الحق لهم وهم أعلم من غيرهم في احتياجاتهم (الطوري) . وقسمة الرضاء على نوعين كما بين في المادة (١١٢١) : –

____

(٢) ".

" النوع الأول – أن يقسم الشركاء المال المشترك **بالتراضي** بمباشرتهم التقسيم بالذات . النوع الثاني – أن يراجع الشركاء القاضي وأن يقسمه القاضي برضائهم جميعا . وقد اتفق الفقهاء على جواز قسمة الرضاء في العين المشتركة في النوع الأول المبحوث عنه في هذه المادة ، إلا أنهم اختلفوا في جواز وعدم جواز قسمة الرضاء في النوع الثاني منها فقد

____

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٣٤/٣

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٤٩/٣

قال بعضهم بجواز قسمة الرضاء في هذا النوع أيضا الكنز والطوري . وأما عند بعضهم فلا تجري قسمة الرضاء في النوع الثاني أي أنه لو رضي جميع الشركاء وطلبوا من القاضي القسمة فلا يقسمه القاضي لأن القاضي لا يشتغل بالأمر الغير المفيد ولا سيما إذا كان موجبا لأضرار الناس وإضاعة المال وتفويت المنفعة ؛ لأنه محرم ولذلك لا يباشر تلك القسمة ولو طلب ذلك جميع الشركاء وبما أنه لا يمنع الذي يتصدى لإتلاف ماله من الإتلاف بحكم القاضي فإذا اتفق جميع الشركاء على التقسيم بالذات وقسموا فلا يمنعهم القاضي من التقسيم (الطوري ورد المحتار) . وفقرة المجلة السالفة الذكر لا تعين ولا تخصص أحد القولين . وكذلك الحمام والبئر والحوض ولو كان عشرا في عشر والقناة والشرب سواء مع الأرض أو بلا أرض والغرفة الصغيرة والحائط بين الدارين أيضا كذلك . أي أن القاضي لا يقسم ذلك جبرا حتى أن البئر والقناة لو كانتا ضمن العرصة القابلة للقسمة فتقسم العرصة على حدة وتترك البئر والقناة مشتركتين وكذلك القناة والشرب المجرد أي بلا أرض لا يقسمان . وإذا كانت القناة مع الأرض فتقسم الأرض على حدة وتترك القناة والشرب مشتركين الطوري . وللشركاء أن يقتسموا ذلك برضائهم كأن يقتسموا الحمام والغرفة الصغيرة باتخاذ الحمام مخزنا وقد ذكر آنفا أن الحمام يكون قابلا للقسمة بعضا كما أن معصرة الزيت إذا كانت مشتركة مناصفة بين اثنين وكان لها عودان ومطبخان وبئران وكان من الممكن قسمتها بلا ضرر فهي قابلة للقسمة (الحامدي ورد المحتار) . والعروض المحتاجة للقطع والكسر كحيوان واحد ومركبة واحدة وسرج واحد وقوس واحدة وبندقية واحدة وجبة واحدة وحلة واحدة وحجر خاتم واحد وكل عروض يوجب تقسيمها ضررا هي من هذا القبيل فلا تجري في أي واحدة منها قسمة قضاء إذ لو قسمت حلة واحدة فيحصل هذا التقسيم بإتلاف جزء منها وهو ضرر أما إذا اتفق جميع الشركاء على تقسيمها على هذا الوجه فيصح مثلا لو كانت حلة مشتركة بين اثنين واقتسماها بالرضاء فشقاها طولا أو عرضا وكل منهما أخذ قسما منها فهو جائز وليس لأحدهما بعد ذلك الرجوع عن هذه القسمة (الهندية والطوري) . ومعنى قول المجلة (حيوان واحد ومركبة واحدة) أنه لا يقسم الحيوان الواحد والمركبة الواحدة

(١) ".

" والخلاصة أنه تجري في القسمة ستة أنواع من الخيارات وهي : خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الغبن وخيار الاستحقاق وخيار إجازة عقد الفضولي . – * * * * * – المادة (١١٥٣) – (يكون خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في تقسيم الأجناس المختلفة كما يكون في البيع ، مثلا إذا قسم المال المشترك **بالتراضي** بين الشركاء على أن يكون لواحد كذا مقدار حنطة ولآخر كذا مقدار شعير ولآخر كذا غنما ولآخر في مقابله كذا رأس بقر فإن شرط أحدهم الخيار إلى كذا يوما ففي هذه المدة إن شاء قبل القسمة وإن شاء فسخ . وإن كان أحدهم لم ير المال المقسوم يكن مخيرا أيضا عند الرؤية فإذا ظهرت حصة أحدهم معيبة فإن شاء قبلها وإن شاء ردها) . يكون خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في تقسيم الأجناس المختلفة كما يكون في البيع ، سواء كانت الأجناس المختلفة من القيميات

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣/١٥٠

كتقسيم قطيع جمال وقطيع غنم متد ا خلة . وقد أشير إلى ذلك في الأمثلة الآتية الذكر انظر المواد (٣٠٠ و ٣٢٠ و ٣٣٦) ؛ لأن القسمة في هذه الأموال هي مبادلة كالبيع ، فالخيارات المذكورة التي تثبت في البيع تثبت أيضا في القسمة (الطوري وجامع الفصولين) . مثلا إذا قسم المال المشترك **بالتراضي** بين الشركاء بالتداخل على أن يكون لواحد كذا مقدار حنطة وللشريك الآخر كذا مقدار شعير ولآخر كذا غنما ولآخر في مقابله كذا رأس بقر فإن شرط أحدهم الخيار إلى أيام معلومة ففي هذه المدة إن شاء قبل القسمة وإن شاء فسخ القسمة . وهذا المثال هو مثال لخيار الشرط ، وقوله (أحدهم) ليس قيدا احترازيا لأن خيار الشرط يثبت لكل واحد من المتقاسمين . انظر المادة (٣٠٠) . وقوله (كذا يوما) إشارة إلى لزوم أن تكون مدة الخيار معلومة . أما إذا ادعى من له الخيار بعد مرور مدة الخيار الفسخ في مدة الخيار فلا يصدق بلا بينة كما في البيع تنوير الأذ هان على الأشباه . وإن كان أحدهم لم ير المال المقسوم أي لم ير قبل القسمة الحصة التي خرجت له يكن مخيرا عند رؤيتها فإن شاء فسخ القسمة وإن شاء قبل القسمة ، وهذا المثال هو مثال لخيار الرؤية . وإن يكن قد حرر في المادة (٣٢٢) من المجلة أنه ليس للبائع خيار رؤية إلا أن كل واحد من الشركاء في هذا النوع من القسمة مع كونه بائعا قسما من حصته لكنه مشتر أيضا قسما من حصة شريكه فيثبت خيار الرؤية له باعتباره مشتريا ، وقد أشرنا إلى ذلك بعبارة (أي لم ير قبل القسمة

". (١)

" الحصة التي خرجت له) ولم يثبت له خيار الرؤية باعتباره بائعا فلذلك ليس له خيار رؤية عند رؤية الحصة التي خرجت لشريكه . وإن ظهرت حصة أحدهم معيبة كلا أو بعضا - أي اطلع على عيبها - يكن مخيرا إن شاء قبل حصته وإن شاء ردها ، فإذا ظهرت معيبة كلا فله ردها جميعها قبل القبض كما أنه إذا ظهر بعضها معيبا فله رد جميعها قبل القبض أو قبولها جميعا وليس له رد المعيب وإبقاء القسم الغير المعيب ، وإذا كان ذلك بعد القبض فيرد المعيب فقط إذا لم يكن ضرر في تفريقه وليس له رد الكل بدون رضاء باقي الشركاء أما إذا كان في تفريقه ضرر فيرد الكل أو يقبل الكل انظر المادة (١٣٥١) . والمسقط لخيار العيب في البيع مسقط أيضا للخيار في القسمة . انظر المادة (٣٤٤) فلذلك إذا اطلع أحد الشركاء على عيب الحيوان الذي أصابه في القسمة وهو راكب عليه فتابع السير يسقط خيار العيب . أما إذا اطلع على عيب الدار ا لتي سكنها وتابع السكنى فيها فله ردها بالعيب القديم استحسانا (الهندية في الباب السادس في الخيار في القسمة) والفرق يفهم من المادتين (١٠٨٠ و ١٠٨١) وهو أنه ليس لأحد الشركاء ركوب الحيوان المشترك بلا إذن الشريك الآخر ولأجل حمل فعل الإنسان على الصورة المشروعة والجائزة تكون متابعة السير بمعنى استبقاء الملك . أما في الدار المشتركة فحيث لأحد الشركاء السكنى بلا إذن الشريك فمتابعة السكنى فيها بعد الإطلاع على العيب لا يكون دليلا على الرضاء بالعيب واستبقاء الملك . وإذا باع أحد الشركاء الحصة التي أصابته ثم ردت له بالعيب القديم فإذا كان هذا الرد وقع بحكم القاضي فللشريك فسخ القسمة بخيار العيب أما إذا قبل الرد

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٦٥/٣

برضائه فليس له فسخها . إذا حدث عيب في المقسوم عند الشريك ثم ظهر عيب قديم فليس للشريك فسخ القسمة إلا أن له حق الرجوع على الشركاء الآخرين بنقصان العيب . انظر المادة (٣٤٥) . أما إذا رضي الشركاء بقبول الحصة المذكورة بعيبها الحادث وبنقص القسمة فلا يكون للشريك حق الادعاء بنقصان العيب فإما أن يقبله ولا يطلب شيئا من الشركة وإما أن ينقض القسمة انظر المادة (٣٤٨) . مثلا إذا هدم أحد الشركاء بعض مواضع الدار التي أصابته فظهر له عيب قديم فيها فالحكم على المنوال المشروح (الهندية) . وذكر المجلة عبارة (**التراضي**) في مثالها مبني على عدم جريان قسمة القضاء في الأجناس المختلفة كما هو مبين في المادة (١١٣٥) . – * * * * * – المادة (١١٥٤) – (يكون في تقسيم القيميات المتحدة الجنس خيار شرط ورؤية وعيب ، مثلا إذا قسمت مائة شاة مشتركة بين أصحابها بنسبة حصصهم فإذا كان أحدهم شرط على أن يكون مخيرا كذا يوما فيكون في هذه المدة مخيرا بين القبول وعدمه

". (١)

" وإن كان لم ير الغنم بعد يكن مخيرا كذا يوما فيكون في هذه المدة مخيرا بين القبول وعدمه وإن كان لم ير الغنم بعد يكن مخيرا حين رؤيتها ، وإذا ظهر عيب قديم في الغنم التي أصابت حصة أحدهم فكذلك يكون مخيرا إن شاء قبلها وإن شاء ردها) يكون في تقسيم القيميات المتحدة الجنس خيار شرط وخيار رؤية وخيار عيب (عبد الحليم في أول القسمة) سواء كانت القسمة قسمة رضاء أو قسمة قضاء . وقد ثبت خيار العيب في قسمة الرضاء لأن القسمة **بالتراضي** كالبيع فكما يثبت في البيع خيار العيب يثبت أيضا في قسمة الرضاء . وكذلك ثبت خيار العيب في قسمة القضاء لأن القاضي قد عين الحصة المعيبة لصاحبها على أنها سالمة من العيب وبظهورها معيبة قد شرع ردها وإعادتها لحصول التعديل والتسوية بين الحصص (جامع الفصولين) . أما خيار الشرط وخيار الرؤية فإذا كان تقسيم القيميات رضاء فتجري هذه الخيارات أما إذا كانت القسمة المذكورة قضاء فلا يجري خيار الرؤية وخيار الشرط لأنه إذا أراد أحد الشركاء رد المقسوم بخيار الرؤية أو بخيار الشرط فالقاضي يجبره على القسمة ثانيا فيكون الشرط بلا فائدة (عبد الحليم في أول القسمة) . مثلا : إذا قسمت مائة شاة مشتركة بين أصحابها بنسبة حصصهم فإذا كان أحدهم أو جميعهم شرط أن يكون مخيرا كذا يوما فيكون مخيرا في هذه المدة بين القبول وعدمه إن شاء قبل القسمة وإن شاء فسخها . وعلى ذلك إذا ادعى أحد الشركاء بعد مرور مدة الخيار الرد بالخيار وادعى الآخر الإجازة فالقول لمدعي الإجازة وإذا أقام كلاهما البينة فترجح بينة مدعي الرد (الهندية) وهذا مثال لخيار الشرط . وإن كان لم ير الغنم يكون مخيرا حين رؤيتها إن شاء قبلها وإن شاء فسخ القسمة ، والمبطل لخيار الرؤية في البيع مبطل لخيار الرؤية في القسمة . انظر المادة (٣٥٠) . وهذا مثال لخيار الرؤية . وإذا ظهر عيب قديم في الغنم التي أصابت حصة أحدهم فيكون مخيرا إن شاء قبل القسمة وإن شاء ردها ، وهذا مثال على خيار العيب . فلذلك إذا ظهر بعض المقسوم الذي أصاب حصة أحد

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣/١٦٦

الشركاء معيبا فإذا كان ذلك قبل النقض فله رد كل المقسوم سواء كان المقسوم أشياء مختلفة الجنس كما هو في المادة الآتية . أو كانت متحدة الجنس كما هو في هذه المادة . وليس له رد المعيب وإبقاء الغير المعيب ما لم يقبل الشركاء الآخرون (حاشية جامع الفصولين) . وإذا كان ذلك بعد القبض فيرد المعيب فقط إذا لم يوجد ضرر في تفريقه كأن يكون المقسوم غنما ، وليس له رد الكل ما لم يرض بذلك جميع الشركاء ؛ أما إذا كان في تفريقه ضرر فله رد الكل أو قبول الكل بدون أن يطلب شيئا من الشركاء .

". (١)

" (صفتها) إذا طلب أحد الشريكين المهايأة ولم يطلب الآخر القسمة وامتنع عن المهايأة أيضا تجب المهايأة . (حكمها) عبارة عن الإفراز تارة وعن المبادلة تارة أخرى (الطوري) . انظر المادتين (١١٧٨ و ١١٧٩) . (محلها) المنافع وليست الأعيان . أنظر المادة (١ ١٧٨) . وهذه المنافع كما تكون في الأعيان القابلة للقسمة تكون أيضا في الأعيان الغير القابلة للقسمة فلذلك تجري المهايأة في البيت الصغير الغير القابل للقسمة كما تجري في البيت الكبير القابل للقسمة إلا أنه يتعين في البيت الصغير الغير القابل للقسمة المهايأة زمانا . أما الملك المشترك القابل للقسمة كالدار الكبيرة فلا تكون المهايأة متعينة فكما تجري القسمة فيها لا تتعين المهايأة زمانا بل تمكن المهايأة فيها زمانا ومكانا . تقسيمها – تقسيم المهايأة إلى خمسة أوجه : ١ – إما أن تقسم زمانا أو مكانا وقد ذكر ذلك في المادة (١ ١٧٦) . ٢ – تقسيم المهايأة في كونها في الأعيان المتفقة المنفعة تارة والمختلفة المنفعة تارة أخرى . أنظر المادة (١ ١٨١) . ٣ – تقسيم المهايأة باعتبارها للاستعمال مرة وللاستغلال مرة أخري انظر المادتين (١ ١٨٥ و ١ ١٨٦) . ٤ – تقسيم المهايأة باعتبارها تارة رضاء وتارة قضاء كما هو الحال في القسمة انظر المادة (١ ١ ٢٠) وخصوص التقسيم على هذا الوجه يستفاد من المادة (١ ١٨١) . ٥ – تقسيم المهايأة باعتبار جريانها تارة بين المالكين لرقبة المال وجريانها تارة بين المالكين للمنفعة ، وهذا يكون في ثلاث مسائل : المسألة الأولى – الوقف وهو أن المهايأة تجري في الوقف ، إذا كان المنزل الموقوف لسكنى أولاد الواقف وأولاد أولاده صغيرا ولم يكن ممكنا من لهم حق السكنى أن يسكنوا الدار جميعا فتجري المهايأة بحكم القاضي ' البهجة وكذلك تجري المهايأة في المستغلات الموقوفة المشتركة الغير القابل ة للقسمة الجاري التصرف فيها بالإجارتين . وذلك إذا وقع نزاع بين الشركاء في خصوصي التصرف وطلب بعض الشركاء المهايأة وامتنع الآخرون فالقاضي لا ينظر إلى عدم رضاء ذلك الشريك ويأمر برأي المتولي بالتصرف مهايأة أي أنه للزوم المهايأة في مثل هذه الأوقاف يجب انضمام رأي المتولي . أما المهايأة التي تجري بين الشركاء **بالتراضي** بدون رأي المتولي فهي غير لازمة فلكل شريك من الشركاء أن يفسخ المهايأة من نفسه ولو لم يرض شريكه .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٦٧/٣

" . (١)

" المسألة الثانية – للمتصرفين في الأراضي الأميرية إجراء المهايأة **بالتراضي** زمانا أو مكانا ، إلا أنها لا تكون لازمة ولكل من الطرفين الرجوع عنها في أي وقت أراد ولا تجري المهايأة قضاء في الأراضي الأميرية . المسألة الثالثة – للمستأجرين إجراء المهايأة في المأجور وذلك إذا استأجر اثنان دارا بالاشتراك وكانت غير قابلة لسكناهما معا فلهما المهايأة **بالتراضي** ولكن لا تكون هذه المهايأة لازمة ولكل منهما فسخها ولو بلا عذر (التنقيح ورد المحتار) . وكذلك تصح المهايأة بين المستأجر والمالك وذلك لو استأجر أحد حصة شائعة من عقار (أي أنه استأجر أولا جميع الدار ثم فسخ الإجارة في النصف العائد إلى الشريك فبقيت الإجارة شائعة) وتهايأ المستأجر مع المالك فالمهايأة صحيحة إلا أنها غير جائزة قضاء إذ أن المهايأة المذكورة غير لازمة فلكل واحد منهما فسخها ولو بلا عذر (التنقيح بزيادة) . قد بيِن في المادة (٤٣٠) أنه تجوز المهايأة رضاء بين المستأجرين والمالك ، ولكن هل تجوز المهايأة في المسألتين الآتيتين بحكم القاضي ؟ ١ – هل تجوز المهايأة بين المالك والمستأجر بحكم القاضي . مثلا : إذا أجر أحد الشريكين الدكان الصغيرة المشتركة الغير القابلة للقسمة بلا إذن الشريك الآخر لأجنبي وأراد الشريك الغير المؤجر استرداد حصته فلا يمكن استرداد حصته خاصة وإذا استرد حصته مع حصة شريكه المؤجر فينتج ذلك تسليم حصة الشريك المؤجر إلى المدعي الشريك الغير المؤجر مما لا يوافق العدالة ويخل بحق تصرفه في حصته المشروعة . ٢ – هل تجري المهايأة قضاء بين مستأجرين اثنين وذلك لو استأجر اثنان دكانا ولم يتفقا على الانتفاع بها فإذا سدت الدكان يتضرر كلاهما وإذا أذن لأحدهما بالانتفاع وحرم الآخر فيكون قد أضر وظلم ذلك الآخر . إن مفتي دمشق الأسبق محمود حمزة أفندي – عليه رحمة الباري – الذي تدل تآليفه النفيسة الفقهية على تبحره في علم الفقه قد ذكر في رسالته المسماة (كشف المستور عن صحة المهايأة في المأجور) جواز المهايأة قضاء بين المستأجرين وأورد مسائل عديدة من كلام الفقهاء دليلا على ذلك فقال : تجري المهايأة جبرا في المأجور لأنه قد ذكر في التتارخانية أن مهايأة المستأجرين صحيحة إلا أنها غير لازمة ولكن إذا كان المأجور غير مساعد لانتفاع المستأجرين وطلب أحدهما المهايأة أثناء انتفاع الآخر فيقبل طلبه ويجبر على قسمة المنافع في المواضع التي يجبر فيها على قسمة الأعيان وفي الأحوال التي لا يجبر فيها على القسمة في الأعيان لا يجبر على قسمة المنافع بل تتوقف على رضاء الشركاء . وقد جعل السائحاني المهايأة في المأجور مساوية للمهايأة في الملك . انتهى ملخصا .

" . (٢)

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٩٢/٣

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٩٣/٣

" وللقاضي أن يعين الزمان والمكان بدون قرعة أيضا (الهندية ورد المحتار) . – * * * * * – المادة (١١٨١) – (إذا طلب أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعددة المهايأة وامتنع الآخر فإن كانت الأعيان المشتركة متفقة المنفعة فيجبر على المهايأة وإن كانت مختلفة المنفعة فلا يجبر عليها . مثلا داران مشتركتان طلب أحد الشريكين المهايأة على أن يسكن إحداهما وأن يسكن الآخر الأخرى ، أو حيوانان على أن يستعمل أحدهما واحدا والآخر الآخر ، وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة . أما لو طلب أحدهما المهايأة على سكنى الدار وللآخر إيجار الحمام أو على سكنى أحدهما في الدار وزراعة الآخر الأراضي فالمهايأة **بالتراضي** وإن تكن جائزة إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها) . إذا طلب أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعددة المهايأة وامتنع الآخر ولم يطلب الممتنع القسمة فإن كانت الأعيان المشتركة متفقة المنفعة فيجبر على المهايأة كما يجبر على القسمة في الأعيان المتحدة الجنس ، أما إذا طلب الشريك الممتنع عن المهايأة القسمة فترجح القسمة ولو طلب الآخر المهايأة (العناية) . وتكون هذه المهايأة من حيث المكان . وإن كانت مختلفة المنفعة فلا يجبر على المهايأة كما لا يجبر على قسمة الأعيان المختلفة الجنس . مثلا داران مشتركتان في موضع واحد طلب أحد الشريكين المهايأة على أن يسكن إحداهما وأن يسكن الآخر الأخرى أو أن يأخذ أحدهما غلة إحداهما ويأخذ الشريك الآخر غلة الدار الأخرى أو أن يأخذ أحدهما غلة دار واحدة سنة ويأخذ الآخر غلتها في السنة الأخرى وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة ، أما إذا كانت إحدى تينك الدارين في مدينة والدار الأخرى في مدينة أخرى فلا يجبر على المهايأة ، أو حيوانان على أن يستعمل أحدهما واحدا للركوب أو لتحميل المتاع أو طلب أحدهما لبس ثوب من الثوبين المشتركين وأن يلبس ال آ خر الثوب الآخر وطلب المهايأة وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة (عبد الحليم) لأن منفعة هؤلاء متفقة . أما المهايأة على غلة حيوان واحد أو على غلة حيوانين فهي غير جائزة ولو كانت **بالتراضي** (الدرر) . وجواز المهايأة زمانا أو مكانا قضاء في حيوان أو حيوانين مشتركين هو على قول الإمامين ، أما عند الإمام الأعظم فالمهايأة في حيوان أو حيوانين جبرا وقضاء غير جائزة لأن الاستعمال مختلف باختلاف الراكبين فبعض الراكبين حاذق والآخر جاهل (مجمع الأنهر) ويفهم من هذه المادة أن المجلة قد اختارت قول الإمامين . أما إذا كانت تلك الأعيان المشتركة مختلفة المنفعة فلا يجبر على المهايأة مثلا لو طلب أحدهما

---

(١) ".

" المهايأة على سكنى الدار وللآخر إيجار الحمام أو على سكنى أحدهما في الدار وزراعة الآخر الأراضي أو سكنى أحدهما الحانوت واستعمال الآخر الفرس فالمهايأة **بالتراضي** وإن تكن جائزة إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها لأن هذه الأعيان المشتركة مختلفة المنفعة . – * * * * * – المادة (١١٨٢) – (إذا طلب القسمة أحد أصحاب المال المشترك القابل للقسمة والآخر المهايأة تقبل دعوى القسمة وإذا طلب أحدهما المهايأة دون أن يطلب أي واحد منهما القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهايأة) . أولا – القسمة أقوى من المهايأة في استكمال المنفعة لأنه

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٠١/٣

يحصل التملك في القسمة من حيث الذات والمنفعة معا ، أما في المهايأة فيحصل التملك من حيث المنفعة فقط . ثانيا – إن القسمة عبارة عن جمع المنافع في زمن واحد ، أما المهايأة فهي جمع المنافع على التعاقب . ويتفرع على هذا الضابط مسألتان : المسألة الأولى – إذ ا طلب القسمة أحد أصحاب المال المشترك القابل للقسمة والآخر المهايأة تقبل دعوى القسمة أي ترجح (نتائج الأفكار) وإذا طلب أحد أصحاب المال المشترك المهايأة دون أن يطلب أي واحد منهما القسمة وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة من قبل القاضي كما فصل في المادة الآنفة . المسألة الثانية – إذا طلب أحدهما القسمة بعد المهايأة فتفسخ المهايأة وتقسم . انظر المادة (١٠٩٨) (أبو السعود والهداية) . – * * * * * – المادة (١١٨٣) – (إذا طلب أحد الشريكين المهايأة في العين المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهايأة) والمهايأة في هذه الأموال تكون تارة للاستعمال وتارة للاستغلال . مثلا ، إذا أراد أحد صاحبي الحانوت المشترك الغير القابل للقسمة تأجيره أو الانتفاع به بصورة أخرى وخالفه الآخر وتنازعا فيأمر القاضي بالمهايأة ويقال للشريك الذي لا يريد الانتفاع : إن شئت انتفع بـالحانوت وإن شئت أغلقه (رد المحتار وأبو السعود) . انظر شرح المادة (١١٣٠) . كذلك إذا طلب أحد الشريكين في الدار المشتركة الغير القابلة للقسمة أن يؤجر حصته لشريكه أو أن يستأجر شريكه منه حصته أو أن يتهايأ في الدار المشتركة فيأمر القاضي الشريك أن يختار أمرا من هذه الأمور الثلاثة (التنقيح) . إن هذه المادة توضح وتفصل بالمادة الآتية : – * * * * *

---

(١) ".

" العين أما إذا أحل أحدهما الزيادة للآخر بعد استهلاك الزيادة فالحل صحيح لأنه إبراء من الضمان (الهندية ورد المحتار والطوري) . كذلك لو كان قطيع غنم مشتركا بين اثنين واتفق الشريكان أن يأخذ أحدهما قسما من القطيع على أن يرعاه ويعلفه وينتفع بألبانه ، ويأخذ الشريك الآخر القسم الآخر على ذلك الشرط فلا يصح (الطوري) . حيلة لجواز المهايأة على الأعيان : يبيع الشريك حصته في الأشجار المشتركة للشريك الآخر وبعد الانتفاع من الثمرة سنة يبيع ذلك الشريك الآخر جميع الأشجار المذكورة للشريك الآخر وينتفع الشريك الآخر سنة بالثمر . ويعمل هكذا أيضا في الحيوانات المشتركة . وتوجد حيلة – أخرى للانتفاع بلبن الحيوان . وذلك أن يزن الشريك كل يوم لبن الحيوانات في المدة التي في يده ويأخذ حصته ملكا له ويصرف حصة شريكه على أنها قرض حيث إن قرض المشاع جائز على أن الشريك الآخر يجري نفس العمل في ن وبته ويستوفي القرض . (الهندية ورد المحتار) . – * * * * * – المادة (١١٨٨) – (وإن جاز لأحد الشريكين فسخ المهايأة الحاصلة **بالتراضي** بين الشريكين بعد عقدها لكن إذا أجر أحدهما نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأة ما لم تنقض مدة الإجارة) . وإن جاز لأحد الشريكين فسخ المهايأة الحاصلة **بالتراضي** بين الشريكين بعد عقدها بعذر وبغير عذر سواء كانت المهايأة زمانية أو مكانية إلا أنه إذا أجر أحدهما نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأة ما لم تنقض مدة الإجارة التي لا تزيد تلك المدة عن مدة نوبته كما

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٠٢/٣

ذكر في شرح المادة (١١٨٥) لأنه قد تعلق حق المستأجر فلم يجز فسخها صيانة لحقه . انظر المادة (٤٦) . (أبو السعود) وفقرة (جاز الفسخ) محتاجة لإيضاح ، وذلك إذا تهايأ زيد وعمر و في الدار المشتركة بينهما زمانا على أن يسكن أحدهما فيها سنة ويسكن الآخر سنة أخرى فأصابت نوبة الانتفاع في السنة الأولى زيدا وقبل أن ينتفع زيد فسخ زيد أو عمر و المهايأة فتنفسخ لأنه لم يدخل حق أحد في ذمة الآخر كما أنه إذا انتفع زيد مدة سنة وأصبحت نوبة الانتفاع لعمر و فأجر عمر و نوبته لشخص آخر فليس لزيد فسخ المهايأة . أما إذا انتفع زيد مدة سنة وأتت نوبة انتفاع عمر و ولم يؤجر عمر و نوبته لآخر فهل لزيد أن يفسخ المهايأة بنفسه وإذا كان له ذلك فهل لا يضر ذلك عمرا ؟ فإذا قيل إذا جرت القسمة لا يترتب

(١) ".

" ضرر على عمر و لأنه يكون قد انتفع بحصته . فنجيب على ذلك أن عمرا كان سينتفع بكل العقار قبل القسمة أما بعد القسمة فيضطر أن ينتفع بحصته فقط فيجب في هذا الحال أن لا يكون لزيد حق فسخ المهايأة وحده ولكنه يجب إيجاد نقل لأجل العمل بذلك . إن تعبير (إذا أجر نوبته) هو في المهايأة زمانا كما ذكر في المادة (١١٨٥) أما إذا أجر في المهايأة مكانا القسم الذي أصابه فحيث لا يجب ذكر المدة في ذلك كما ذكر في المادة (١١٧٩) فما الحكم ؟ – * * * * * – المادة (١١٨٩) – (وإن لم يجز لواحد فقط من أرباب الحصص أن يفسخ المهايأة الجارية بحكم القاضي فلكلهم فسخها بالتراضي) . وإن لم يجز لواحد فقط من أرباب الحصص أن يفسخ المهايأة الجارية بحكم القاضي ما لم يكن عذر كالبيع والتقسيم الوارد ذكرهما في المادة الآتية إلا أن لجميعهم فسخها بالتراضي لأنه إذا فسخ أحدهما المهايأة التي أجريت بحكم القاضي فلا فائدة من فسخها لأن القاضي يعيدها ثانية . أما في الفسخ بالتراضي فلا حاجة لإعادة المهايأة فلذلك جاز الفسخ (الهداية) . – * * * * * – المادة (١١٩٠) – (إذا أراد أحد أصحاب الحصص أن يبيع حصته أو يقسمها فله فسخ المهايأة ، أما لو أراد فسخها بلا سبب ليعيد المال المشترك إلى حاله القديم فلا يقره القاضي على ذلك) . إذا أراد أحد أصحاب الحصص أن يبيع حصته أو يقسمها فله فسخ المهايأة سواء كانت تلك المهايأة زمانا أو مكانا ثم يبيع أو يقسم لأنه قد ذكر في شرح المادة (١١٨٢) أن التقسيم أقوى من المهايأة فيرجح التقسيم على المهايأة وإذا طلب أصحاب الحصص إجراء القسمة على هذا الوجه فيفسخ القاضي المهايأة ويقسم الملك المشترك (أبو السعود والأنقروي) . وليس عندنا عقد لازم يجوز فسخه بالتماس عقد آخر إلا المهايأة ؛ لأنه إذا طلب أحدهم القسمة قسم القاضي وفسخ المهايأة . الطحطاوي . وع بارة البيع الواردة هنا تشمل البيع الصحيح والفاسد معا فإذا وقع البيع فاسدا فلا تنفسخ المهايأة ما لم يحصل التسليم ، كما أنه لو وقع البيع على أن يكون البائع مخيرا فلا تنفسخ المهايأة في مدة الخيار . أما إذا حصل البيع على أن يكون المشتري مخيرا فتنفسخ المهايأة . انظر المادتين (٣٠٧ و ٣٠٩) (الهندية)

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٠٧/٣

(١) ".

" – مقدمة) (في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية) . المادة (١٥٣١) (الصلح : هو عقد يرفع النزاع **بالتراضي** . وينعقد بالإيجاب والقبول) . الصلح – لغة – : اسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة . وأصله بمعنى الصلاح الذي هو بمعنى استقامة الحال (الدرر) – وشرعا – هو عقد يرفع النزاع **بالتراضي** أي بتراضي الطرفين المتخاصمين ويزيل الخصومة ويقطعها **بالتراضي** ؛ وركنه عبارة عن الإيجاب والقبول ، وينعقد ، ويصح بحصول الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر . وينتهي تعريف الصلح في هذه المادة بجملة : هو عقد يرفع النزاع **بالتراضي** . وإن ما جاء بعد ذلك هو بيان لركن الصلح وقد كان من الموافق أن يذكر ركن الصلح مستقلا في غير موضع ذكر الاصطلاحات الفقهية ؛ كما هو جار في الكتب الأخرى من المجلة . فلو عرب هذا التعريف للغة العربية يكون عبارة عن أن الصلح عقد يرفع النزاع بين المدعي والمدعى عليه . لأنه من عبارة ' هو عقد ' يدخل في ذلك البيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن وغيرها من العقود الشرعية الأخرى فلذلك تكون هذه العبارة بمثابة جنس التعريف إلا أنه بوجود عبارة **التراضي** تخرج العقود المذكورة من التعريف ، وتكون لمقام فصل التعريف ، وقيد ' **بالتراضي** ' متعلق بالرفع ، ويحترز بذلك عن الصلح الواقع كرها . لأنه كما ذكر في المادة (ال ١٠٠٦) لا يعتبر الصلح الذي يحصل بإكراه معتبر عن مال فلذلك لو هجم جماعة على بيت شخص ليلا ، أو نهارا ، وأشهروا السلاح عليه وهددوه وأجبروه بذلك على الصلح عن دعواه فلا يجوز الصلح عند الإمامين انظر شرح المادة (ال ١٠٠٣) . كذلك لو أكره الزوج زوجته فصالحته على شيء مما في ذمته من المهر فلا يجوز (الخانية) . (الأحكام التي تستفاد من هذا التعريف) يدل هذا التعريف بأنه يصح الصلح في الدعوى الفاسدة كالدعوى التي يكون فيها تناقض ، لأنه يتحقق النزاع أيضا في الدعوى الفاسدة ، والصلح إنما شرع لدفع النزاع ، وإن يكن أن بعض الفقهاء قال : بأنه لا يجوز الصلح في الدعوى الفاسدة ؛ لأن الصلح هو لافتداء اليمين الذي يترتب في الدعوى الصحيحة لكن هذا القول غير مختار إلا أنه لا يجوز الصلح في كل دعوى فاسدة كما يستفاد ذلك من التفصيلات الآتية . الدعوى الفاسدة على نوعين : النوع الأول : الدعوى الفاسدة الأصل أي الدعوى الغير قابلة التصحيح ، ويقال لهذه الدعوى : الدعوى الباطلة أيضا ، فلا يجوز الصلح عن هذه الدعوى . مثلا : لو ادعى أخ المتوفى بطلب حصة إرثية مع وجود ولد للمتوفى فاصطلح عن دعواه مع ابن المتوفى على مال فلا يصلح الصلح . كذلك لو وكل أحد آخر بقبض ما في ذمة مدينه من الدين وقبض

(٢) ".

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٠٨/٣

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢/٤

" – خلاصة كتاب الصلح ١ الصلح تعريفه – عقد يرفع النزاع بالتراضي فلا يجوز الصلح الواقع بالإكراه المعتبر ، ولا الصلح الواقع عن دعوى باطلة إلا أنه يجوز الصلح عن الدعوى الفاسدة . ركن الصلح الإيجاب والقبول فقط يلزم القبول بعضا ١ إذا كان المدعى به متعينا بالتعيين ٢ إذا وقع الصلح على جنس آخر ، وفي هذه الحال فالصلح ليس بإسقاط لأن الإسقاط لا يجري في الأعيان فهو مبادلة ويتوقف على القبول ، وبعضا يكفي إيجاب المدعي ، وهو إذا كان الصلح يتضمن إسقاط بعض الحقوق كالصلح عن دين ثابت في الذمة على بعضه ، وتمام قبض البدل ، ولا يشترط ذلك بعضا إذا كان المصالح عنه قيميا إذا كان المصالح عنه مثليا والمصالح عليه قيميا إذا كان المصالح عنه دينا والمصالح عليه بعض ذلك الدين وبعضا يشترط إذا كان المصالح عنه والمصالح عليه مثليين . انعقاده بالتعاطي – ينعقد الصلح بالتعاطي إذا أعطى المدعى عليه للم دعي مالا ليس له حق أخذه وقبضه المدعي أقسام الصلح (١) عن إقرار ٢ – عن إنكار ٣ – عن سكوت ١ – إذا وقع على مال غير المدعى به فهو في حكم البيع انظر مادة ١٥٤٧ وشرحها ٢ – الصلح عن دعوى مال على منفعة ٣ – الصلح عن منفعة على مال ٤ – الصلح عن منفعة على منفعة من جنس آخر ٥ – إذا وقع الصلح على جنس المدعى به ، وكان على أقل فهو إبراء ، وإذا كان على عين مقداره فهو استيفاء ، والصلح جائز في الصورتين ، وإذا كان على أكثر فهو ربا ، وغير جائز في حق المدعي معاوضة ، وتجري في العقار المصالح عليه الشفعة ، وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين ، وقطع للمنازعة ، ولا تجري الشفعة في العقار المصالح عنه . ١ – إذا كان المصالح عنه والمصالح عليه عينا ، وكان كلاهما قيميا ، أو أحدهما قيميا ، والآخر مثليا . ٢ – ، أو كان المصالح عنه والمصالح عليه مثليين مختلفي الجنس ، وقبض بدل الصلح في م جلس الصلح فالصلح في حكم الإجارة إلا أنه يشترط أن تكون المنفعة

---

(١) ".

" عن حق الشفعة غير جائز لعدم جواز الاعتياض عن حق الشفعة ، ويسقط حق الشفعة في هذا الصلح أما الصلح عن نفس حق الشرب ونفس حق المرور فهو جائز لقبولهما الاعتياض انظر المادة (٢١٦) ٥ أحكام الصلح الصلح من العقود اللازمة فلذلك يملك المدعي المصالح عليه والمدعى عليه بعضا من المصالح عنه وتلزم براءته بعضا ، والصلح الذي يتضمن إسقاط بعض الحقوق لا يفسخ إلا أنه إذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين ولورثتهما بعد وفاتهما فسخ الصلح بالتراضي ، والصلح بعد الصلح جائز في الصورة الأولى ، وباطل في الثانية انظر المادة (١٥٥٨) . إذا تلف المصالح عليه قبل التسليم فإذا كان متعينا فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق ، وإذا كان غير متعين فلا يطرأ خلل على الصلح . – * * * * *

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٢/٤

" (١)

" وقيد الوجه المخصوص هو لإخراج الصلح الذي يجري بين الخصمين ؛ لأن المقصود من الوجه المخصوص هو ألفاظ القاضي كألزمت أو حكمت أو أنفذت القضاء عليك (رد المحتار) ، وإن عدم ذكر هذا القيد في المجلة الوارد في رد المحتار هو للسبب الآتي وهو أن قطع الطرفين المنازعة بينهما صلحا يخرج بعبارة القاضي كما أنها تخرج بعبارة المحاكمة ؛ لأن الصلح هو عقد يرفع النزاع **بالتراضي** بين الطرفين كما هو مصرح في المادة (١٥٣١) . وهذا الحكم على قسمين ووجه الانحصار هو أن المدعي إما أن يظهر محقا في دعواه أو مبطلا فإذا ظهر محقا يقضى له بقضاء الاستحقاق ، وإذا ظهر مبطلا يقضى له بقضاء الترك . القسم الأول : هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم بكلام كقوله حكمت أو قضيت أو ألزمت فأعط الذي ادعى به عليك لهذا المدعي أو سلمه أو ادفع الدين الذي ادعى به عليك (الحموي) . قيل في المجلة (كقوله) ؛ لأنه ل و قال القاضي : إن لهذا المدعي حقا عندك وقد ثبت عندي بإقرارك أو بالبينة وظهر ذلك أو صح أو قال : قد علمت أن لهذا المدعي عندك كذا حقا فهو حكم أما لو قال القاضي : إنني أظن أن لهذا المدعي حقا عندك كذا أو إنني أرى أن له حقا عندك فلا يكون حكما ؛ لأن الحكم لا يتم بألفاظ الشك (الخانية) . ويقال لهذا القضاء قضاء إلزام وقضاء استحقاق وقضاء ملك ، وإن قسم قضاء الإلزام والاستحقاق هو كما يستدل من ألفاظه يكون في حالة ظهور حق المدعي عند المدعى عليه وبتعبير آخر : إذا حكم المدعى عليه بشيء كالدين والعين . مثلا : إذا ادعى المدعي بعشرة دنانير دينا ، وأثبت دعواه بالبينة فأمر القاضي بعد الإثبات والتزكية المدعى عليه بأن يؤدي للمدعي عشرة دنانير فيكون هذا القضاء قضاء استحقاق ، وبه يظهر أن المدعي مستحق للعشرة الدنانير . نفاذ الحكم ظاهرا وباطنا وعدم نفاذه . إذا كانت دعوى الاستحقاق حقة فلا شبهة بأنها نافذة ظاهرا وباطنا أما إذا كانت باطلة فهي استحقاق ظاهر لا باطن . مثلا : إذا ادعى أحد على آخر باطلا بعشرة دنانير ، وأثبت دعواه بشهود زور وحكم القاضي في الدعوى ؛ لعدم اطلاعه على كذب الشهود ، وأخذ المدعي من المدعى عليه ذلك المبلغ فيحرم ذلك المبلغ على المحكوم له كالمال المغصوب ، ولا يجعل حكم القاضي ذلك المال حلالا له . كذلك إذا ادعى أحد كذبا أن ثياب غيره له ، وأثبت ذلك وحكم القاضي لعدم اطلاعه على كذب الشهود ، وأخذ المحكوم له الثياب فلا يحل له لبس تلك الثياب ؛ لأنه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال آخر بلا سبب مشروع كما هو مذكور في المادة (٩٠٧) . كذلك لو ادعى أحد أن منكوحة غيره هي منكوحته ، وأنه تزوجها قبلا ، وأثبت ذلك بشهود زور فلا يحل له الخلوة مع المرأة المذكورة كما أنه لا يحل لها أن تمكنه من نفسها وستفصل هذه المسألة في شرح المادة (١٨٢٧) .

" (٢)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٥/٤

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٢٠/٤

" ويكفي في المسائل الخمس عشرة المذكورة إخبار عدل واحد (أبو السعود في الشهادة) . وكما يكون الترجمان رجلا يكون امرأة أيضا في المسائل والأحوال التي تقبل شهادة النساء فيها إلا أنه يجب عند الشيخين الحرية والعدالة والثقة فيها أما في المسائل التي لا تقبل فيها شهادة النساء فلا تقبل فيها ترجمتها الهندية وأبو السعود - * * * * * - المادة (١٨٢٦) - (يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح فإن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح وإن لم يوافقا أتم المحاكمة) يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء والأقرباء هم الإخوة وبنو الأعمام أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح ولا يستعجل بالحكم حتى أنه لو قضى القاضي بـحق يكون ذلك سببا لحصول العداوة بين المدعي والمدعى عليه فتكون المصالحة أولى لدفع هذا المحذور (واقعات المفتين والعناية) مرة أو مرتين ويشار بذلك إلى أن القاضي لا يوصي الطرفين بالمصالحة أكثر من مرتين لأن في ذلك إضرارا بصاحب الحق العناية ' فإذا وافق على الصلح صالحهما القاضي توفيقا للمسائل الوارد ذكرها في كتاب الصلح . ويصدر الإعلام بالصلح وبتعبير آخر يقبل القاضي الصلح الذي تقرر بين الطرفين ويصدقه إذا كان موافقا لأحكام الشرع وأحكام المجلة أما إذا كان مخالفا فلا يقبله ولا يصدقه مثلا إذا ادعى المدعي عشرة دنانير مصالحة المدعى عليه على اثني عشر دينارا فلا يقبل القاضي هذا الصلح كما أنه إذا تصالح المدعي والمدعى عليه على دعوى عشرة دنانير على أن يفرغ المدعى عليه للمدعي أرضا أميرية فلا يقبل القاضي هذا الصلح قبل إذن صاحب الأرض بإجراء الفراغ المذكور ولا يصدق له وإذا لم يوافق الطرفان على الصلح أو لم يكن لهما رغبة في إجراء الصلح فلا يكلفهما الصلح بل يكمل المحاكمة وعليه أن يحكم لمن قامت الحجة له وليس للقاضي أن يترك دعوى الطرفين ويلح ويبرم عليهما بإجراء الصلح العناية ' لأنه يشترط في أمثال هذا الصلح رضاء وموافقة الطرفين لأن الصلح كما عرف في المادة (١٥٣١) هو عقد يرفع النزاع بين الطرفين **بالتراضي** فالصلح الذي يجري بإكراه غير معتبر . وقد ذكر في كتاب الإجارة في شرح المادة (٦٠٧) أن مشايخ المسلمين قالوا وافتوا أنه يجبر الطرفان على إجراء الصلح على نصف البدل في دعوى المال الذي تلف في يد الأجير المشترك إلا أن المجلة لم تقبل هذا الإجبار - * * * * * - المادة (١٨٢٧) - (بعد ما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم إعلاما حاويا للحكم والبينة مع الأسباب الموجبة له فيعطيه للحكومة له ويعطي لدى الإيجاب نسخة منه للمحكوم عليه أيضا)

---

(١) ".

" - المادة (١٨٤٢) - (لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز إلى غيرهما ولا يشمل خصوصياتهما الأخرى) لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكمه به الخصمان فقط ولا يتجاوز إلى غير الخصمين ولا يشمل

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤/٦٠٤

خصوصياتهما الأخرى أي الخصومات التي لم يحكما بها . وفي هذه المادة ثلاثة أحكام : الحكم الأول : نفوذ الحكم في حق الخصمين المحكمين لأن حكم المحكم هذا قد صدر عليهما بولاية شرعية فكما أنه لو عزل قاض بعد حكمه لا يبطل حكمه فكذلك لا يبطل حكم المحكم أيضا كما أن حكم المحكم ليس بأدنى من صلح الطرفين فكما أنه ليس للطرفين بعد صلحهما **بالتراضي** وتمام الصلح بينهما الرجوع عن الصلح كما جاء في المادة (١٥٥٦) فليس لهما الرجوع عن حكم المحكم بطريق الأولى الزيلعي إلا أن نفاذ الحكم مشروط بموافقة الحكم المذكور للشرع الشريف ويجب أن تكون أسباب الحكم المذكور كأسباب حكم القاضي مبنيا على البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين الزيلعي والولوالجية في الشهادات في الحادي عشر ' . فعلى ذلك للمدعي إذا عجز عن إثبات دعواه أمام المحكم أن يطلب تحليف خصمه اليمين فإذا حلف المدعى عليه اليمين فليس للمدعي أن يطلب بعد ذلك تحليفه اليمين أمام القاضي . أما إذا حكم بعد مرافعة الطرفين قائما : رأيي كذا بدون أن توجد أحد أسباب الحكم على أحد الطرفين فلا ينفذ حكمه . الحكم الثاني : هو أن حكم المحكم لا يسري على غير الخصمين ويستفاد هذا الحكم من اللفظ فقط وأسباب عدم سريان الحكم على غير الخصمين هي : لأن المحكم ليس له ولاية على غير الخصمين لأن صلاحية المحكم للحكم إنما حصلت باصطلاح واتفاق الخصمين فقط . فالخصمان ليس لهما ولاية على غير أنفسهما ، أما صلاحية القاضي للحكم فهي ممنوحة من قبل السلطان الذي له الولاية العامة على كافة الناس فالقاضي المنصوب من طرف السلطان له ولاية عامة على كافة الناس الزيلعي ويتفرع على هذا الحكم المسائل الآتية : المسألة الأولى : لو توفي أحد وترك عشرة ورثة واتفق دائن المتوفى زيد مع أحد ورثة المتوفى عمر و على نصب محكم لفصل دعاوى الدين الذي يدعي على الميت فأثبت زيد في حضور المحكم ومواجهة عمر و الدين الذي له في ذمة المتوفى بالبينة وحكم المحكم بموجبها فهذا الحكم لا يشمل التسعة الورثة الغائبين مع أنه لو صدر هذا الحكم من طرف القاضي المنصوب من قبل السلطان لكان ساريا على الورثة التسعة بموجب المادة (١٦٤٢) . المسألة الثانية : لا يتجاوز حكم المحكم بالرد بالعيب إلى بائع البائع ' ١ 'كما أنه لا

---

(١) ".

"ألزم موجبات العقد فتلغو بخلاف القباني والقاسم فإن فعلهما غير ملزم .

أما القباني فظاهر وأما القاسم فلما في شهادات البزازية من أن وجه القبول أن الملك لا يثبت بالقسمة بل **بالتراضي** أو باستعمال القرعة ثم **التراضي** عليه .

ا هـ فافهم .

(قوله : ولو زوج المولى عبده) أي وأمته كما في الفتح وقوله : بحضرته أي العبد ، وقوله : وواحد بالجر عطفا على هذا الضمير وقوله : لم يجز على الظاهر ذكره في النهر ، ونقله السيد أبو السعود عن الدراية فيما لو زوج أمته ، ولا فرق

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٤١/٤

بينها وبين العبد .

وذكر في البحر أنه رجحه في الفتح بأن مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما في التزوج مطلقا ، وإلا لصح في مسألة وكيله : أي فيما لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر فإنه لا يصح (قوله : صح) وقيل لا يصح لانتقاله إلى السيد ؛ لأن العبد وكيل عنه .

قال في الفتح : الأصح الجواز بناء على منع كونهما أي العبد وال أ مة وكيلين لأن الإذن فك الحجر عنهما ، فيتصرفان بعده وبأهليتهم ا لا بطريق النيابة .

(قوله : والفرق لا يخفى) هو ما ذكرناه عن الفتح من أن مباشرة السيد العقد ليس فكا للحجر عن العبد في التزوج ، فلا ينتقل العقد إليه بل يبقى السيد هو العاقد ولا يصلح شاهدا ، بخلاف إذنه له به فإن العبد ممنوع عن النكاح لحق السيد لا لعدم أهليته فبالإذن يصير أصيلا لا نائبا فلا ينتقل العقد إلى السيد ويصلح شاهدا فيصح بحضرته .." (١)

"يفعل ناب منابه في الفرض ا هـ فهذا صريح في أن المراد فرض مهر المثل وإن فرض القاضي عند عدم التراضي ، فلا يصح حمل ما في المحيط على ما ذكره في النهر .

وأما قول المحيط زاد أو نقص إلخ فينبغي حمله على صورة فرض الزوج إذا رضيت بها .

وبيان ذلك على وجه تندفع به المخالفة أنك قد علمت أن مهر المثل إنما يجب بالنظر إلى من يساويها من قوم أبيها ، وقد علمت أيضا أنه لا يثبت إلا بشاهدين ، فإذا تزوجت بلا مهر وطلبت من الزوج أن يفرض لها مهر مثلها فامتنع ورافعته إلى القاضي وأتت بشاهدين شهدا بأن فلانة من قوم أبيها تساويها في الصفات المذكورة وأنها تزوجت بكذا يحكم لها القاضي بمثل مهر فلانة المذكورة بلا زيادة ولا نقص ، وإنما يمكن الزيادة والنقص عند فرض الزوج بالتراضي كما قلنا .

وإذا كان فرض القاضي مبنيا على ما قلنا من الشهادة المذكورة تندفع المخالفة التي ادعاها في البحر لأنه لا مسوغ لح مل ما في المحيط ، على أن القاضي يفرض لها مهرا برأيه ويلزم أحدهما بالزيادة أو النقص بلا رضاه مع إمكان المصير إلى الواجب لها شرعا عند وجود من يساويها في الصفات من قوم أبيها ، وإن كان المراد حمل كلام المحيط على حكم القاضي عند عدم وجود من يساويها من قوم أبيها ومن الأجانب فلا يخالف ما في الخلاصة والمنتقى أيضا لأن كلامهما في مهر المثل وهو لا يكون إلا عند وجود المماثل ، فيتوقف ثبوته على الشهادة أو الإقرار .

أما عند عدم المماثل يكون تقديرا لمهر المثل جاريا مجراه لا." (٢)

"عينه ، فينظر فيه القاضي نظر تأمل واجتهاد ، فيحكم به بدون شهود وإقرار من الزوج ، فموضوع الكلامين مختلف كما لا يخفى .

---

(١) رد المحتار، ٢٤٥/٩

(٢) رد المحتار، ١١٧/١٠

وعلى هذا لا يتأتى أيضا فيه زيادة أو نقصان إذ لا يمكن إلا عند وجود المماثل ، ولكن حمل كلام المحيط على ما ذكر ينافيه ما قدمناه عن البدائع من أن المراد الحكم بمهر المثل ، وكذا ما نذكره قريبا عن الصيرفية من أنه عدم المماثل لا يعطى لها شيء ، ولا يمكن حمله على حالة **التراضي** ، لما علمت من كلام البدائع ولأنه عند وجود **التراضي** يستغنى عن الترافع إلى القاضي وعند عدم وجود الشاهدين ، فالقول للزوج بيمينه كما مر ويأتي فيحكم لها القاضي بما يحلف عليه فاغتنم هذا التحرير والله الموفق .

(قوله فإن لم يوجد) أي من يماثلها في الأوصاف المذكورة كلها أو بعضها بحر ، ومقتضاه الاكتفاء ببعض هذه الأوصاف ؛ وبه صرح في الاختيار بقوله فإن لم يوجد ذلك كله فالذي يوجد منه لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف في امرأتين ؛ فيعتبر بالموجود منها لأنها مثلها .

ا هـ .

ومثله في شرح المجمع لابن مالك وغرر الأذكار وهو موجود في بعض نسخ الملتقى .

قلت : ولكن يشكل عليه اتفاق المتون على ذكر معظم هذه الأوصاف وتصريح الهداية بأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر ا هـ إذ لا شك أن الرغبة في البكر الشابة الجميلة الغنية أكثر من الثيب العجوز الشوهاء الفقيرة وإن تساوتا في العقل والدين والعلم والأدب وغيرها من الأوصاف ؛." (١)

"مفروض فيما إذا كانت النفقة مفروضة **بالتراضي** أو بقضاء القاضي لأنها بدون ذلك تسقط بمضي المدة كما ذكروه في النفقات .

ثم رأيت في نفقات البحر صور المسألة بما إذا فرض القاضي لها نفقة شهر مثلا وعجز عن أدائها باعه القاضي إن لم يفده المولى .

وأفاده أنه إنما يباع فيما يعجز عن أدائه لا لنفقة كل يوم مثلا للإضرار بالمولى ولا لاجتماع قدر قيمته للإضرار بها .

وينبغي أن لا يصح فرضها بتراضيهما لحجر العبد عن التصرف ولاتهامه بقصد الزيادة لإضرار المولى ، ولذا فرض المسألة في البحر فيما إذا فرضها القاضي تأمل .

(قوله وفي المهر مرة) فيه أنه لو لزمه مهر آخر عند السيد الثاني كما إذا طلقها ثم تزوجها بيع ثانيا فلا فرق بين المهر والنفقة إلا باعتبار أن النفقة تتجدد عند السيد الثاني ولا بد ، بخلاف المهر ح عن شيخه السيد .

وأجاب ط بأن النفقة التي حدثت عند الثاني سببها متحقق عند الأول فتكرر بيعه في شيء واحد ، بخلاف بيعه في مهر ثان حدث عند الثاني ، فإن هذا مسبب عند عقد مستقل حتى توقف على إذنه .

ا هـ .

قلت : وحاصله أن النفقة المتجددة عند الثاني وإن كانت في حكم دين حادث ولذا بيع فيها ثانيا إلا أنها لما كان سببها متحدا وهو العقد الأول لم تكن دينا حادثا من كل وجه ، أما المهر الثاني فهو دين حادث من كل وجه لوجوبه بسبب

---

(١) رد المحتار، ١١٨/١٠

جديد ، وأنت خبير بأن هذا جواب إقناعي .

ثم اعلم أن دين المهر .

والنفقة عيب في العبد فللمشتري الخيار إن لم يرض به .

.]"(١)

"وأما قوله تعالى ﴿ فإن أرادا فصالا عن تراض منهما ﴾ فإن ما هو قبل الحولين بدليل تقييده **بالتراضي** والتشاور ، وبعدهما لا يحتاج إليهما .

وأما استدلال صاحب الهداية للإمام وقوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ - بناء على أن المدة لكل منهما كما مر ، فقد رجع إلى الحق في باب ثبوت النسب من أن الثلاثين لهما للحمل ستة أشهر والعامان للفصال .

ا هـ .

(قوله أما لزوم أجر الرضاع إلخ) وكذا وجوب الإرضاع على الأم ديانة نهر عن المجتبى (قوله في المدة فقط) أما بعده فإنه لا يوجب التحريم بحر (قوله فما في الزيلعي) أي من قوله : وذكر الخصاف أنه إن فطم قبل مضي المدة واستغنى بالطعام لم يكن رضاعا وإن لم يستغن تثبت به الحرمة ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى .

(قوله لأن الفتوى إلخ) ولأن الأكثرين على الأول كما في النهر (قوله ولم يبح الإرضاع بعد مدته) اقتصر عليه الزيلعي ، وهو الصحيح كما في شرح المنظومة بحر ، لكن في القهستاني عن المحيط : لو استغنى في حولين حل الإرضاع بعدهما إلى نصف ولا تأثم عند العامة خلافا لخلف بن أيوب ا هـ ونقل أيضا قبله عن إجارة القاعدي أنه واجب إلى الاستغناء ، ومستحب إلى حولين ، وجائز إلى حولين ونصف ا هـ .

قلت : قد يوفق بحمل المدة في كلام المصنف على حولين ونصف بقرينة أن الزيلعي ذكره بعدها ، وحينئذ فلا يخالف قول العامة تأمل (قوله وفي البحر) عبارته : وعلى هذا أي الفرع المذكور لا يجوز الانتفاع." (٢)

"(قوله ولو كفل لها كل شهر كذا إلخ) اعلم أن ما مر إنما هو في الخلاف في جواز أخذها الكفيل منه جبرا عند خوف الغيبة ، والكلام الآن في قدر المدة التي تصح بها الكفالة ، فإن كفل لها كل شهر عشرة دراهم ، فإن قال أبدا أو ما دمتما زوجين وقع على الأبد اتفاقا ، وإلا وقع على شهر واحد عند أبي حنيفة ، وعلى الأبد عند أبي يوسف ، وهو أرفق وعليه الفتوى كما في البحر .

ومفاده أنها لا تصح قبل الفرض أو **التراضي** على شيء معين ، وصرح به في البحر عن الذخيرة في شرح قوله ولا تجب نفقة مضت إلا بالقضاء أو الرضا ، لكن نقل بعده عن الواقعات لو قالت : إنه يريد الغيبة وطلبت منه كفيلا ليس لها ذلك ؛ لأن النفقة لم تجب .

---

(١) رد المحتار، ٢٠١/١٠

(٢) رد المحتار، ٣٧٠/١٠

وقال أبو يوسف : أستحسن أخذ كفيل بنفقة شهر وعليه الفتوى ؛ لأنها إن لم تجب للحال تجب بعده فيصير كأنه كفل بما ذاب لها على الزوج فيجبر استحسانا رفقا بالناس .

قال : وزاد في الذخيرة : إن هـ لا فرق بين كونها مفروضة أو لا .

ا هـ .

قلت : وهذا مخالف لما قبله من أنها لا تصح قبل الفرض أو **التراضي** ، ووفق الرملي بحمل ما قبله على حال الحضور وحمل هذا على حال إرادة الغيبة فيصح في الغيبة مطلقا استحسانا ، وعليه فما مر من أن الأب لا يطالب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا ضمنها مقيد بالمفروضة أو المقضية توفيقا بين كلامهم قلت : وفي الذخيرة عن كتاب الأقضية : إذا ضمن النفقة والمهر عن زوجها فضمان النفقة باطل إلا أن يسمي شيئا بأن يصطلحا على شيء مقدر لنفقة كل شهر." (١)

"سنة لم تدخل ، هذا ما ظهر لي فتدبره (قوله حتى لو شرط) تفريع على مفهوم كون تقدير القاضي النفقة حكما منه .

ا هـ ح ، والمفهوم هو كونها بدون تقدير القاضي لا تكون لازمة ، وفيه أنها تلزم **بالتراضي** على قدر معلوم وتصير به دينا في ذمة الزوج فيتعين كونه تفريعا على مفهوم قوله الإبراء قبل الفرض باطل ، وقد علمت أن الفرض شامل للقضاء والرضا ؛ لأن الفرض معناه التقدير وهو حاصل بكل منهما ، ومفهوم أنها قبل الفرض المذكور لا تكون لازمة ؛ لأن الشرط المذكور ليس فيه تقدير كما يظهر قريبا فافهم (قوله تكون من غير تقدير) كذا في بعض النسخ ، وفي بعضها تموين بدل تكون ، فقوله من غير تقدير تفسير للتموين (قوله والكسوة كسوة الشتاء والصيف) أي يأتيها بالكسوة الواجبة في كل نصف حول ، بأن يأتيها بها ثيابا بلا تقويم وتقدير بدراهم بدل الثياب فافهم .

(قوله لم يلزم إلخ) كذا ذكره في البحر بحثا .

و و جهه أن ذلك الشرط وعدمه سواء ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه بنفس العقد سواء شرطه أو لا ، وإنما يعدل إلى التقدير بشيء معين بالصلح **والتراضي** أو بقضاء القاضي إذا ظهر له مطله ، فتصير النفقة بذلك لازمة عليه ودينا بذمته حتى لا تسقط بمضي المدة ويصح الإبراء عنها وقبل ذلك لا تصير كذلك كما علمت (قوله فلها بعد ذلك إلخ) أي بعد ما ذكر من الشرط طلب التقدير في النفقة والكسوة من الزوج أو القاضي بشرطه المار (قوله ولو حكم بموجب العقد مالكي إلخ) أي لو ترافعا إلى." (٢)

"في الذخيرة : لو صالحته على ثلاثة دراهم كل شهر قبل التقدير بالقضاء أو الرضا أو بعده كان تقديرا للنفقة ، فتجوز الزيادة عليه لو قالت لا يكفيني ، والنقصان عنه لو قال لا أطيقه وعلم القاضي صدقه بالسؤال عنه وإلا لا ؛ لأن التزامه ذلك باختياره دليل قدرته عليه ولو صالحته على نحو ثوب أو عبد مما لا يصح للقاضي أن يفرضه في النفقة ،

---

(١) رد المحتار، ١٠٩/١٣

(٢) رد المحتار، ١١٩/١٣

فإن كان قبل التقدير بالقضاء أو الرضا كان تقديرا أيضا ، وإن كان بعده كان معاوضة فلا تجوز الزيادة عليه ولا النقصان .

ا هـ ملخصا .

قال في البحر : وعلم منه أن تراضيهما على ما يصلح للنفقة مبطل لفرض القاضي ، فيستفاد منه أنهما لو اتفقا إلخ (قوله وفي السراجية إلخ) أي فتاوى سراج الدين قارئ الهداية وهذا مخالف لما قاله الشيخ قاسم ، وكون ذاك مفروضا في النفقة وهذا في الكسوة لا يجدي نفعا في الفرق تأمل .

وقد يجاب بأن ذاك في فرض القاضي وهذا في التراضي بدليل قوله ورضيت ، وقوله وقضى به لم يرد به القضاء الحقيقي بل الصوري ؛ لأن التقدير صح بتراضيهما قبل القضاء ، وأيضا فإن شرط القضاء ظهور المطل وبمجرد التراضي لم يظهر مطل ، وحينئذ فرجوعها وطلب الكسوة قماشا ليس فيه إبطال قضاء سابق بل فيه إعراض عن حقها لكون التقدير برضاهما أنفع لها كما مر في فرض القاضي ، ويظهر من هذا أن قوله السابق لو اتفقا إلخ غير قيد بل يكفي طلبها .

ويظهر منه أيضا أنه لا فرق بين كون طلبها بعد الفرض والتقدير بالقضاء أو الرضا ولذا ذكر ما في." (١)

"مطلب لا تصير النفقة دينا إلا بالقضاء أو الرضا (قوله والنفقة لا تصير دينا إلخ) أي إذا لم ينفق عليها بأن غاب عنها أو كان حاضرا فامتنع فلا يطالب بها بل تسقط بمضي المدة .

قال في الفتح : وذكر في الغاية معزوا إلى الذخيرة أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه ، إذ لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ أصلا .

ا هـ ومثله في البحر ، وكذا في الشرنبلالية عن البرهان ووجهه في غاية الظهور لمن تدبر فافهم .

ثم اعلم أن المراد بالنفقة نفقة الزوجة ، بخلاف نفقة القريب فإنها لا تصير دينا ولو بعد القضاء والرضا ، حتى لو مضت مدة بعدهما تسقط كما يأتي وسيأتي أن الزيلعي استثنى نفقة الصغير ويأتي تمام الكلام عليه عند قول المصنف قضى بنفقة غير الزوجة إلخ (قوله إلا بالقضاء) بأن يفرضها القاضي عليه أصنافا أو دراهم أو دنانير نهر (قوله فقبل ذلك ل ا يلزمه شيء) أي لا يلزمه عما مضى قبل القرض بالقضاء أو الرضا ولا عما يستقبل ؛ لأنه لم يجب بعد ، ولذا لا يصح الإبراء عنها قبل الفرض وبعده يصح مما مضى ، ومن شهر مستقبل كما تقدم قبل قوله ولخادمها وأما الكفالة بها شهرا أو أكثر فصرح في البحر هنا عن الذخيرة أنها لا تصح قبل الفرض والتراضي ، ونقل بعده عن الذخيرة أيضا ما يخالفه ، وقدمنا الكلام عليه والتوفيق بين كلاميه (قوله وبعده) أي وبعد القضاء أو الرضا ترجع ؛ لأنها بعده صارت ملكا لها كما." (٢)

---

(١) رد المحتار، ١٢١/١٣

(٢) رد المحتار، ١٤٢/١٣

"مطلب في بيع العبد لنفقة زوجته (قوله يباع القن) أي يبيعه سيده ؛ لأنه دين تعلق في رقبته بإذن المولى فيؤمر ببيعه ، فإن امتنع باعه القاضي بحضرته كما قدمناه عن النهر في نكاح الرقيق .

والقن عند الفقهاء من لا حرية فيه بوجه .

وفي اللغة : من ملك هو وأبوه بحر (قوله ويسعى مدبر ومكاتب) لعدم صحة بيعهما ، ومثلهما ولد أم الولد ، وقوله في البحر والنهر وأم الولد فيه سقط ، ومعتق البعض عند الإمام بمنزلة المكاتب هندية عن المحيط ، ولو اختارت استسعاء القن دون بيعه ينبغي أن لها ذلك كما قالوا في المأذون المديون إذا اختار الغرماء استسعاءه بحر ، وأقره أخوه والمقدسي (قوله لم يعجز) أما لو عجز نفسه عاد إلى الرق فيجري عليه حكم القن (قوله وبدونه إلخ) يعني إذا تزوج القن أو المدبر ونحوه بلا إذن السيد يطالب بالنفقة بعد العتق : أي بالنفقة المستقبلة لا التي في حال رقه لعدم كونها زوجة وقته .

قال في الفتاوى الهندية : فإن تزوج هؤلاء بغير إذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر ، كذا في الكافي ، وإن أعتق واحد منهم جاز نكاحه حين عتق وعليه المهر والنفقة في المستقبل .

ا هـ .

ح (قوله المفروضة) كذا قيد به في النهر وعزاه إلى الفتح وغيره أي ؛ لأنها بدون الفرض تسقط بالمضي كنفقة زوجة الحر .

والذي في الفتح فرضها بقضاء القاضي وهل **بالتراضي** كذلك لم أره ، وذكرت في باب نكاح الرقيق بحثا أنه ينبغي أن لا يصح فرضها بتراضيهما لحجر العبد عن." (١)

"مطلب في خراج المقاسمة (قوله خراج مقاسمة إلخ) هذا إنما يوضع ابتداء على الكافر كالموظف ، فإذا فتح بلدة ومن على أهلها بأرضها له أن يضع الخراج عليها مقاسمة أو موظفا ، بخلاف ما إذا قسمها بين الجيش ، فإنه يضع العشر .

قال الخير الرملي : خراج المقاسمة كالموظف مصرفا وكالعشر ما أخذ إلا فرق فيه بين الرطاب والزرع والكرم والنخل المتصل وغيره فيقسم الجميع على حسب ما تطيق الأرض من النصف ، أو الثلث ، أو الربع ، أو الخمس ، وقد تقرر أن خراج المقاسمة كالعشر لتعلقه بالخارج ، ولذا يتكرر بتكرر الخارج في السنة وإنما يفارقه في المصرف فكل شيء يؤخذ منه العشر أو نصفه يؤخذ منه خراج المقاسمة ، وتجري الأحكام التي قررت في العشر وفاقا وخلافا ؛ فإذا علمت ذلك علمت ما يزرع في بلادنا وما يغرس فإذا غرس رجل في أرضه زيتونا أو كرما أو أشجارا يقسم الخارج كالزرع ولا شيء عليه قبل أن يطعم بخلاف ما إذا غرس في الموظف ، ولو أخذها مقاطعة على دراهم معينة **بالتراضي** ينبغي الجواز وكذا لو وقع على عداد الأشجار لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان ، ولأن تقدير خراج المقاسمة مفوض لرأي الإمام ، وكل من الأنواع الثلاثة يفعل في بلادنا .

---

(١) رد المحتار، ١٣/١٤٩

فبعض الأرض تقسم ثمار أشجارها ، ويأخذ مأذون السلطان منها ثلثا أو ربعا ونحوه ، وبعضها يقطع عليه دراهم معينة ، وبعضها يعد أشجارها ، ويأخذ على كل شجرة قدرا معينا ، وكل ذلك جائز عند الطاقة والتراضي على." (١)

"على قسمة التراضي بلا لزوم ، ولذا قالوا ولمن أبى منهم بعد ذلك إبطاله .

مطلب في قسمة الواقف مع شريكه (قوله : فيقسم المشاع) فإذا تقاسم الواقف مع شريكه ، فوقع نصيب الواقف في موضع لا يلزمه أن يقفه ثانيا لأن القسمة تعيين الموقوف ، وإذا أراد الاجتناب عن الخلاف يقف المقسوم ثانيا بحر عن الخلاصة : أي إذا لم يكن محكوما بصحته ، إذ بعد الحكم لم يبق خلاف .

مطلب قاسم وجمع حصة الوقف في أرض واحدة جاز وفي البحر عن الظهيرية : ولو كانت له أرضون ودور بينه ، وبين آخر فوقف نصيبه ، ثم أراد أن يقاسم شريكه ، ويجمع الوقف كله في أرض واحدة ودار واحدة ، فإنه جائز في قول أبي يوسف وهلال .

ا هـ .

مطلب لو كان في القسمة فضل دراهم من الوقف صح لا من الشريك وفي الفتح : ولو كان في القسمة دراهم بأن كان أحد النصفين أجود ، فجعل بإزاء الجودة دراهم ، فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان غير الوق‌وف هو الأحسن ، لا يجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف ، وإن كان الآخذ شريكه بأن كان نصيب الوقف أحسن جاز ؛ لأن الواقف مشتر لا بائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه ا هـ لكن في الإسعاف ، وما اشتراه ملك له ولا يصير وقفا ، ومثله في الخانية وكذا في البحر عن الظهيرية تأمل .

مطلب إذا وقف كل نصف على حدة صارا وقفين (قوله : إن اختلفت جهة وقفهما) أي بأن كان كل وقف منهما غير الجهة الأخرى ، لكن هذا التقييد مخالف لما في الإسعاف ، حيث قال : ولو وقف نصف أرضه على جهة معينة ، وجعل." (٢)

") أي بنفسه إلى مفعولين (قوله : وبمن للتأكيد) كبعت من زيد الدار ، وظاهر الفتح أنها للتعدية ؛ لأنه قال : ويتعدى بنفسه وبالحرف (قوله : وباللام) أي قليلا .

وعبارة ابن القطاع على ما في المصباح : وربما دخلت اللام مكان من ، تقول : بعتك الشيء وبعت لك فهي زائدة .

ا هـ .

(قوله : يقال بعتك الشيء) مثال للمتعدي بنفسه وترك مثال التعدي بمن (قوله : وباع عليه القاضي) أفاد أنه يتعدى بعلى أيضا في مقام الإجبار والإلزام (قوله : مبادلة شيء) مصدر مضاف إلى مفعوله الأول والفاعل محذوف ، والأصل أن يتبادل المتبايعان شيئا مرغوبا فيه بمثله ، فشيئا مفعول أول وبمثله مفعول ثان بواسطة الحرف فافهم .

---

(١) رد المحتار، ١٣٤/١٦

(٢) رد المحتار، ٢١٦/١٧

(قوله : مرغوب فيه) أي ما من شأنه أن ترغب إليه النفس وهو المال ؛ ولذا احترز به الشارح عن التراب والميتة والدم فإنها ليست بمال ، فرجع إلى قول الكنز والملتقى : مبادلة المال بالمال ؛ ولذ ا فسر الشارح كلام الملتقى في شرحه بقوله : أي تمليك شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه ، فقد تساوى التعريفان فافهم ، نعم زاد في الكنز **بالتراضي** .
مطلب في بيع المكره والموقوف وأورد عليه أنه يخرج بيع المكره مع أنه منعقد ، وأجاب في شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ، ومن تركه أراد الأعم ، واعترضه في البحر بأن بيع المكره فاسد موقوف لا موقوف فقط كبيع الفضولي كما يفهم من كلام شارح النقاية .

قلت : لكن قدمنا أن الموقوف من قسم الصحيح ، ومقتضاه أن بيع المكره." (١)

"كذلك لكن صرحوا في كتاب الإكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد ، فهو صريح في أنه فاسد وإن خالف بقية العقود الفاسدة في أربع صور سيذكرها المصنف هناك وأفاد في المنار وشرحه أنه ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذي هو شرط النفاذ ، وأنه بالإجازة يصح ويزول الفساد ، وبه علم أن الموقوف على الإجازة صحته ، فصح كونه فاسدا موقوفا ، وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره ، ومنه صحيح كبيع عبد أو صبي محجورين ، وأمثلته كثيرة ستأتي في باب بيع الفضولي .

والحاصل أن الموقوف مطلقا بيع حقيقة ، والفاسد بيع أيضا وإن توقف حكمه ، وهو الملك على القبض ، فلا يناسب ذكر **التراضي** في التعريف ؛ ولذا قال : في الفتح : إن **التراضي** ليس جزء مفهوم البيع الشرعي ، بل شرط ثبوت حكمه شرعا .

ا هـ .

أي لأنه لو كان جزء مفهومه شرعا لزم أن يكون بيع المكره باطلا ، وليس كذلك ، بل هو فاسد كما علمت .

وأنت خبير بأن التعري ف شامل للفاسد بسائر أنواعه كما ذكره في النهر ؛ لأنه بيع حقيقة ، وإن توقف حكمه على القبض ، فالتقييد **بالتراضي** لإخراج بعض الفاسد ، وهو بيع المكره غير مرضي ؛ لأنه إذا كان المراد تعريف مطلق البيع يكون غير جامع لخروج هذا منه ، وإن أريد تعريف البيع الصحيح فليس بمانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه .

ثم اعلم أن الخمر مال كما قدمناه عن الكشف والتلويح وإن كان غير متقوم مع أن بيعه باطل في حق المسلم ، بخلاف البيع به فإنه فاسد ، ومر الفرق .

وأما ما." (٢)

"(فالإيجاب) هو : (ما يذكر أولا من كلام) أحد (المتعاقدين) والقبول ما يذكر ثانيا من الآخر سواء كإن بعت أو اشتريت الدال على **التراضي**) قيد به اقتداء بالآية وبيانا للبيع الشرعي ، ولذا لم يلزم بيع المكره وإن انعقد ، ولم

---

(١) رد المحتار، ١٩٢/١٨

(٢) رد المحتار، ١٩٣/١٨

ينعقد مع الهزل لعدم الرضا بحكمه معه .

". (١)

"الأصل .

(قوله : الدال على التراضي) الأولى أن يقول الرضا كما عبر به في الفتح والبحر ؛ لأن التراضي من الجانبين لا يدل عليه الإيجاب وحده بل هو مع القبول أفاده ح .

(قوله : قيد به اقتداء بالآية) وهي قوله تعالى – ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ – .

(قوله : وبيانا للبيع الشرعي) استظهر في الفتح أن التراضي لا بد منه في البيع اللغوي أيضا ، فإنه لا يفهم من باع زيد عبده لغة إلا أنه استبدله بالتراضي .

ا هـ .

ونقل مثله القهستاني عن الكفاية والكرماني وقال : وعليه يدل كلام الراغب خلافا لشيخ الإسلام .

(قوله : ولذا لم يلزم بيع المكره) قدمنا أن بيع المكره فاسد موقوف على إجازة البائع ، وأن البيع المعرف يشمل سائر أنواع البيع الفاسد ، وأن قول الكنز : البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي غير مرضي ؛ لأنه يخرج بيع المكره مع أنه داخل .

وأجيب عنه بما ذكره الشارح بأنه قيد به اقتداء بالآية : أي لا للاحتراز ، لكن قوله وبيانا للبيع الشرعي إن أراد به البيع المقابل للغوي يرد عليه ما علمته من اعتبار التراضي في البيع اللغوي ، وأنه لا يعتبر في البيع الشرعي ، إذ لو كان جزء مفهومه لزم أن يكون بيع المكره باطلا لا فاسدا ، بل التراضي شرط لثبوت حكمه شرعا ، وهو الملك كما قدمناه عن الفتح ، وإن أراد بالشرعي الخالي عن الفساد فالتقييد بالتراضي لا يخرج بقية البيوع الفاسدة ، بل التعريف شامل لها ، ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يتأتى في عبارة." (٢)

"الكنز حيث جعل فيها التراضي قيدا في التعريف .

أما قول المصنف الدال على التراضي فلا لكونه ذكره صفة للإيجاب ، فهو بيان للواقع ، فإن الأصل فيه أن يكون دليلا على الرضا ولكن لا يلزم منه وجود الرضا حقيقة فلا يخرج به بيع المكره تأمل .

مطلب في حكم البيع مع الهزل .

(قوله : ولم ينعقد مع الهزل إلخ) الهزل في اللغة : اللعب .

وفي الاصطلاح : هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ، ولا ما صح له اللفظ استعارة ، والهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه ، لكن لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه .

---

(١) رد المحتار، ١٨/٢٠٩

(٢) رد المحتار، ١٨/٢١١

والاختيار : هو القصد إلى الشيء وإرادته .
الرضا : هو إيثاره واستحسانه ، فالمكره على الشيء يختاره ولا يرضاه ، ومن هنا قالوا : إن المعاصي والقبائح بإرادة الله – تعالى – لا برضاه فإن الله لا يرضى لعباده الكفر كذا في التلويح .
وشرطه : أي شرط تحقق الهزل واعتباره في التصرفات أن يكون صريحا باللسان مثل أن يقول إني أبيع هازلا ، ولا يكتفي بدلالة الحال إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد ، فيكفي أن تكون المواضعة سابقة على العقد ، فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع : أي توافقا على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه واتفقا على البناء : أي على أنهما لم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه فالبيع منعقد لصدوره من أهله في محله ، لكن يفسد البيع لعدم الرضا بحكمه فصار كالبيع بشرط الخيار أبدا ، لكنه لا يملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم ؛ حتى لو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه هكذا." (١)
"يعتبر ا هـ .
لكن قد يقال إذا قال : له بعني كذا بكذا فأشار برأسه نعم ، فقال : الآخر اشتريت وحصل التسليم **بالتراضي** يكون بيعا بالتعاطي ، بخلاف ما إذا لم يحصل التسليم من أحد الجانبين على ما يأتي في بيع التعاطي أنه لا بد من وجوده ولو من أحدهما هذا ما ظهر لي .
وفي الأشباه من أحكام الإشارة وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته إلا في أربع الكفر والإسلام والنسب والإفتاء إلخ .
(قوله : أو حالين) بتخفيف اللام .
(قوله : لا يحتاج الأول) وهو الصادر بلفظين ماضيين ط عن المنح وكذا الماضي فيما لو كانا مختلفين .
(قوله : بخلاف الثاني) فإنه يحتاج إليها وإن كان حقيقة للحال عندنا على الأصح لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازا بحر عن البدائع .
(قوله : وإلا لا) صادق بما إذا نوى الاستقبال أو لم ينو شيئا ط .
(قوله : للحال) أي ولا يستعملونه للوعد والاستقبال ط .
(قول ه : فكالماضي) فلا يحتاج إلى النية بحر ط .
(قوله : وكأبيعك الآن) عطف على المستثنى ا هـ .
ح وهذا أولى بالحكم ؛ لأنه إذا علمت نية الحال فالتصريح به أولى ط .
(قوله : وأما المتمحض للاستقبال) كالمقرون بالسين وسوف ط .
(قوله : كالأمر) بأن قال : المشتري : بعني هذا الثوب بكذا فيقول : بعت أو يقول : البائع : اشتره مني بكذا فيقول : اشتريته .
(قوله : لا يصح أصلا) أي سواء نوى بذلك الحال أو لا لكون الأمر متمحضا للاستقبال وكذا المضارع المقرون بالسين

---

(١) رد المحتار، ٢١٢/١٨

أو سوف .

(قوله : كخذه بكذا إلخ) قال : في الفتح فإنه." (١)

"هذا بيعا بالتعاطي ؛ لأنهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق ، وأنه وقع باطلا .

ا هـ .

وعبارة البزازية والتعاطي إنما يكون بيعا إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق أما إذا كان بناء عليه فلا .

ا هـ .

(قوله : لا ينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد) يتفرع عليه ما في الخانية : لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ثم لقيه غدا فقال : قد بعتني ثوبك هذا بألف درهم فقال : بلى فقال : قد أخذته فهو باطل ، وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد ، فإن كانا تتاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم .

ا هـ .

قلت : لكن في النهاية والفتح وغيرهما عند قول الهداية ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم إلخ البيع بالرقم فاسد ؛ لأن فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهي جهالة الثمن برقم لا يعلمه المشتري ، فصار بمنزلة القمار وعن هذا قال : شمس الأئمة الحلواني ، وإن علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد بالتراضي .

ا هـ .

وعبر في الفتح بالتعاطي ، والمراد واحد وسيأتي أيضا في باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لا يصح ، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع في رواية وظاهر الرواية أنه لا يتم قال : في البحر هناك وأولوا الرواية الأولى بأنه ينعقد بيعا بالتعاطي .

ا هـ .

وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد ، وقد يجاب على بعد بحمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطي بعد المجلس أما فيه فلا يشترط كما هنا ، والفرق أنه بعد." (٢)

"عليه وسلم " ﴿ افترقت بنو إسرائيل على اثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة ﴾ " فتح .

(قوله : إذ الأحوال ثلاثة إلخ) ؛ لأن حقيقة المتبايعين المشتغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى ؛ لأنه مجاز والمتشاغلان يعني المتساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر أنهما متبايعان ، فيكون ذلك هو المراد ، وهذا هو خيار القبول ، وهذا حمل إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى .

لا يقال هذا أيضا مجاز ؛ لأن الثابت قبل الآخر بائع واحد لا متبايعان ؛ لأنا نقول هذه من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ ؛ ولأنا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر إلا أنهما يشتغلان بأمر

---

(١) رد المحتار، ٢٢٣/١٨

(٢) رد المحتار، ٢٣٥/١٨

البيع متراضيان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي ، والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق **والتراضي** السابق على أن السمع والقياس ضدان للمذهب ، أما السمع فقوله : – تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ – وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى – ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ – وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض من غير توقف على التخيير فقد أباح الله – تعالى – أكل المشترى قبل التخيير وقوله تعالى – ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ – أمر بالترفق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد والبيع." (١)

"(قوله : وفسد في الكل) أي عنده خلافا لهما ؛ لأن الأفراد إذا كانت متفاوتة لم يصح في شيء بحر أي لا في واحد ولا في أكثر ، بخلاف مسألة الصبرة وسيأتي ترجيح قولهما وهذا شروع في حكم القيميات بعد بيان حكم المثليات كالصبرة ونحوها من كل مكيل وموزون .

(قوله : بفتح) أي بفتح الثاء المثلثة أما بضمها ، فالكثير من الناس أو من الدراهم وبكسرها الهلكة كما في القاموس .

(قوله : وثوب) أي يضره التبعيض أما في الكرباس ، فينبغي جوازه في ذراع واحد كما في الطعام الواحد بحر عن غاية البيان .

قلت : ووجهه ظاهر فإن الكرباس في العادة لا يختلف ذراع منه عن ذراع ، ولذا فرض القهستاني المسألة فيما يختلف في القيمة وقال : فإن الذراع من مقدم البيت أو الثوب أكثر قيمة من مؤخره .

ا هـ .

فأفاد أن ما لا يختلف مقدمه ومؤخره فهو كالصبرة .

(قوله كل شاة) أما لو قال : شاتين بعشرين ، وسمى الجملة مائة مثلا كان باطلا إجماعا وإن وجده كما سمى ؛ لأن كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بانضمام غيرها إليها قاله الحدادي ، وفي الخانية ولو كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز نهر .

(قوله : وإن علم) أي بعد العقد كما يفيده ما يأتي .

(قوله : ولو رضيا إلخ) في السراج قال : الحلواني : الأصح أن عند أبي حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الأغنام في المجلس لا ينقلب صحيحا لكن لو كان البائع على رضاه ورضي المشتري ينعقد البيع بينهما **بالتراضي** ، كذا في الفوائد الظهيرية ونظيره البيع بالرقم .." (٢)

---

(١) رد المحتار، ١٨/٢٧٧

(٢) رد المحتار، ١٨/٣٢٥

"أي خيار عيب وعبارة البحر بعيب .

(قوله : لأنه فسخ) فإن الرد بخيار العيب إذا كان بالقضاء يكون فسخا ولذا يثبت للبائع رده على بائعه بخلاف ما إذا كان بالتراضي فإنه بيع جديد .

(قوله : لم تعد الكفالة فيهما) أي في الإقالة والرد بعيب بقضاء ا هـ .

ح .

فتحصل أن الأجل والكفالة في البيع بما عليه لا يعودان بعد الإقالة وفي الرد بقضاء في العيب يعود الأجل ، ولا تعود الكفالة ا هـ .

ط .

قلت : ومقتضى هذا أنه لو كان الرد بالرضا لا تعود الكفالة بالأولى ، وذكر الرملي في كتاب الكفالة أنه ذكر في التتارخانية عن المحيط ، عدم عودها سواء كان الرد بقضاء أو رضا وعن المبسوط أنه إن كان بالقضاء تعود وإلا فلا .

ثم قال الرملي والحاصل : أن فيها خلافا بينهم .

(قوله : لا قبله مطلقا) أي متصلة أو منفصلة قال في الفتح : والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والأرش والعقر إذا ك ا نت قبل القبض لا تمنع الفسخ والدفع ، وإن كانت بعد القبض متصلة ، فكذلك عنده ، وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لتعذر الفسخ معها ا هـ .

ومثله في ابن مالك على المجمع لكن قدمنا عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع ، الإقالة ، وقدمنا أيضا أن الرد بالعيب يمتنع في المتصلة الغير المتولدة مطلقا ، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط ويوافقه ما في الخامس والعشرين من جامع الفصولين : أن الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقا كصبغ وبناء ، والمتصلة." (١)

"وفي الأشباه كل قرض جر نفعا حرام فكره للمرتهن سكنى المرهونة بإذن الراهن .

[فروع] استقرض عشرة دراهم وأرسل عبده لأخذها فقال المقرض دفعته إليه وأقر العبد به وقال دفعتها إلى مولاي فأنكر المولى قبض العبد العشرة فالقول له ولا شيء عليه ولا يرجع المقرض على العبد لأنه أقر أنه قبضها بحق انتهي .

عشرون رجلا جاءوا واستقرضوا من رجل وأمروه بالدفع لأحدهم فدفع ليس له أن يطلب منه إلا حصته .

قلت : ومفاده صحة التوكيل بقبض القرض لا بالاستقراض قنية وفيها استقراض العجين وزنا يجوز وينبغي جوازه في الخميرة بلا وزن ﴿ سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خميرة يتعاطاها الجيران أيكون ربا فقال ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح ﴾ " وفيها شراء الشيء اليسير بثمن غال لحاجة القرض يجوز ويكره وأقره المصنف .

قلت : وفي معروضات المفتي أبي السعود لو اد ا ن زيد العشرة باثني عشر أو بثلاثة عشر بطريق المعاملة في زماننا بعد أن ورد الأمر السلطاني وفتوى شيخ الإسلام بأن لا تعطى العشرة بأزيد من عشرة ونصف ونبه على ذلك فلم يمتثل ماذا

---

(١) رد المحتار، ٤٥٩/١٩

يلزمه ؟ فأجاب يعزر ويحبس إلى أن تظهر توبته وصلاحه فيترك وفي هذه الصورة هل يرد ما أخذه من الربح لصاحبه ؟ فأجاب : إن حصله منه **بالتراضي** ورد الأمر بعدم الرجوع لكن يظهر أن المناسب الأمر بالرجوع وأقبح من ذلك السلم حتى أن بعض القرى قد خرجت بهذا الخصومة ا هـ .

". (١)

"ومن المشايخ من قال : يكره لو كانا في مجلس واحد وإلا فلا بأس به لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ، فكأنهما وجدا معا فكانت المنفعة مشروطة في القرض وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف وابن سلمة يقول : هذا ليس بقرض جر منفعة بل هذا بيع جر منفعة وهي القرض ا هـ ملخصا وانظر ما سنذكره في الصرف عند قوله وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة .

(قوله بطريق المعاملة) هو ما ذكره من شراء الشيء اليسير بثمن غال (قوله بأزيد من عشرة ونصف) وهناك فتوى أخرى بأزيد من أحد عشر ونصف وعليها العمل سائحاني ولعله لورود الأمر بها متأخرا عن الأمر الأول (قوله يعزر) لأن طاعة أمر السلطان بمباح واجبة (قوله ما أخذه من الربح) أي زائدا عما ورد به الأمر ط (قوله إن حصله منه **بالتراضي** إلخ) مفهومة أنه لو أخذه بلا رضاه أنه يثبت له الرجوع بالزائد عما ورد به الأمر وهو غير ظاهر ، لأنه إذا أقرضه مائة وباعه سلعة بثلاثين مثلا بيعا مستوفيا شرائطه الشرعية لم يكن فيه إلا مخالفته الأمر السلطاني لأن مقتضى الأمر الأول أن يبيع السلعة بخمسة فقط ، لتكون العشرة بعشرة ونصف ومقتضى الأمر الثاني أن يبيعها بخمسة عشر ، لتكون العشرة بأحد عشرة ونصف ، ولا يخفى أن مخالفة الأمر لا تقتضي فساد البيع ، لأن ذلك لا يزيد على مخالفة أمر الله تعالى بالسعي وترك البيع وقت النداء ، فإذا باع وترك السعي يكره البيع ، ولا يفسد فكذا هنا بالأولى على." (٢)

"أنه إذا فسد البيع وجب الفسخ ورد جميع الثمن ، وإذا صح وجب جميع الثمن فلا وجه لرد الزائد وأخذ ما ورد به الأمر فقط ، سواء قلنا بصحة البيع أو فساده فتعين أن هذا المفهوم غير مراد فتأمل .

(قوله لكن يظهر إلخ) لا وجه للاستدراك بعد ورود الأمر الواجب الاتباع بعدم الرجوع ط وقد يجاب بأن المراد أن المناسب أن يرد الأمر السلطاني بالرجوع : أي وإن أخذ ما أخذه **بالتراضي** لكن علمت ما فيه (قوله وأقبح من ذلك السلم إلخ) أي أقبح من بيع المعاملة المذكورة ما يفعله بعض الناس من دفع دراهم سلما على حنطة أو نحوها إلى أهل القرى بحيث يؤدي ذلك إلى خراب القرية ، لأنه يجعل الثمن قليلا جدا فيكون إضراره أكثر من إضرار البيع بالمعاملة الزائدة عن الأمر السلطاني ، فيظهر أن المناسب أيضا ورود أمر سلطاني بذلك ليعزر من يخالفه وظاهره أنه لم يرد بذلك أمر والله سبحانه أعلم .." (٣)

---

(١) رد المحتار، ٩٢/٢٠

(٢) رد المحتار، ٩٦/٢٠

(٣) رد المحتار، ٩٧/٢٠

"(قوله والقسمة) من صور فسادها بالشرط ما إذا اقتسم الشريكان على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض ، أو على أن يشتري أحدهما من الآخر داره بألف ، أو على شرط هبة أو صدقة أما لو اقتسما على أن يزيده شيئا معلوما فهو جائز كالبيع ، وكذا على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة بحر عن الولوالجية .

وقال أيضا : وصورة تعليقها أن يقتسموا دارا وشرطوا رضا فلان لأن القسمة فيها معنى المبادلة فهي كالبيع عيني ، ومر جواز تعليق البيع برضا فلان على أنه شرط خيار إذا وقته ، ولكن في الولوالجية : خيار الشرط والرؤية يثبت في قسمة لا يجبر الآبي عليها وهي قسمة الأجناس المختلفة ، لا فيما يجبر عليها كالمثلي من جنس واحد بحر ملخصا .

وحاصله أن تعليق القسمة على رضا فلان غير مؤقت لا يصح مطلقا ومؤقتا يصح في الجنس الواحد على أنه خيار شرط لأجنبي كما يصح في البيع ، فكلام العيني محمول على غير المؤقت أ و على الأجناس المختلفة .

ثم اعلم أن القسمة التي يجبر الآبي عليها لا تختص بالمثلي لأنها تكون في العروض المتحد جنسها إلا الرقيق والجواهر فلا يجبر عليها كقسمة الأجناس بعضها في بعض وكدور مشتركة أو دار وضيعة فيقسم كل منها وحده لا بعضها في بعض إلا **بالتراضي** كما سيأتي في بابها (قوله أما قسمة القيمي إلخ) أفاد أن قسمة المثلي لا تصح بالشرط مطلقا ، أما قسمة القيمي فتصح إن علقت بخيار شرط أو رؤية وإلا فلا ، لكن علمت أن الافتراق بين الجبر." (١)

"يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز إجماعا ؛ لأن التعيين للاحتراز عن الربا أي ربا النسيئة ولا ربا في دين سقط إنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته ؛ ولذا لو تصارفان دراهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الخطر .

(قوله : إن دفع البائع الدينار) قيد في الصورتين ط عن مكي .

(قوله : وتقاصا العشرة) قيد في الثانية فقط نهر .

(قوله : بالعشرة الدين استحسانا) والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر لكونه استبدالا ببدل الصرف قبل قبضه ، وجه الاستحسان أنه بالتقابض انفسخ العقد الأول وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين ؛ لأنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى آخر ما اقتضاه ، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول ، كذا قالوا وتمامه في النهر ، وأطلق في العشرة الدين فشمل ما إذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده في الأصح ، فإذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى **التراضي** ؛ لأنه قد وجد منه القبص بحر ملخصا ، ولا يخفى أن هذا خاص بالصورة الثانية ، إذ في المقيدة لا يتصور أن يكون الدين حادثا ؛ لأن فرضها أن يبيع الدينار بعشرة عليه ، فما في النهر من ذكر ذلك في الأولى سبق قلم فتنبه .

ثم قال البحر : والحاصل أن الدين إذا حدث بعد الصرف ، فإن كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يتقاصا

---

(١) رد المحتار، ٢٠/٣٦٠

وإن حدث بالشراء بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوبا بعشرة إن لم يجعلاه قصاصا لا يصير قصاصا باتفاق الروايات ، وإن جعلاه." (١)

"مطلب مسائل في المقاصة ومن مسائل المقاصة ما لو كان للمودع على صاحب الوديعة دين من جنسها لم تصر قصاصا به إلا إذا اتفقا عليه وكانت في يده أو رجع إلى أهله فأخذها والمغصوب كالوديعة ، وكذلك لا تقع المقاصة ما لم يتقاصا لو كان الدينان من جنسين أو متفاوتين في الوصف ، أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدها غلة والآخر صحيحا كما في الذخيرة .

وإذا اختلف الجنس وتقاصا كما لو كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها ظهيرية ودين النفقة للزوجة لا يقع قصاصا بدين للزوج عليها إلا **بالتراضي** ، بخلاف سائر الديون ؛ لأن دين النفقة أدنى ، فروق الكرابيسي ا هـ ملخصا ، قال : وتقدم شيء من مسائل المقاصة في باب أم الولد .

(قوله : حكما) تمييز محول عن المبتدإ : أي حكم ما غلب فضته وذهبه حكم الفضة والذهب الخالصين ، وذلك لأن النقود لا تخلو عن قليل غش للانطباع وقد يكون خلقيا كما في الرديء فيعتبر القليل بالرديء فيكون كالمستهلك ط .

(قوله : الاستقراض بها) الأوضح استقراضه ط وبه عبر في الملتقى .

(قوله : كما مر في بابه) لم أره صرح بذلك في باب القرض .

(قوله : في حكم عروض) الأولى تعبير الكنز بقوله ليس في حكم الدراهم والدنانير وذلك ؛ لأنه يجب فيها الاعتبار والتقابض ، ولا تتعين بالتعيين إن راجت .

(قوله : اعتبارا للغالب) أي في." (٢)

"صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم كم يستحق من المبيع ، نهر ، ويأتي في المتن أربعة أمثلة للمجهول وفي الفتح وما نوقض به من أنه لو قال كفلت لك بعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع ، بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه أن يبين أي مقدار شاء ا هـ .

وفي البحر عن البدائع : لو كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء ا هـ ومثله في الكافي .

(قوله : إذا كان ذلك المال دينا صحيحا) يأتي تفسيره ودخل فيه المسلم فيه ، فتصح الكفالة به كما عزاه الحانوتي إلى شرح التكملة .

ويشترط أيضا أن يكون الدين قائما كما قدمه أول الباب .

---

(١) رد المحتار، ٤٣٥/٢٠

(٢) رد المحتار، ٤٣٨/٢٠

(قوله : كما سيجيء) في قوله ولا لشريك بدين مشترك فهذا دين صحيح لا تصح به الكفالة .

(قوله : لأن قسمة الدين قبل قبضه لا تجوز) لأنه إما أن يكفل نصفا مقدرا فيكون قسمة الدين قبل قبضه أو نصفا شائعا فيصير كفيلا لنفسه ؛ لأن له أن يأخذ من المقبوض نصفه كما في النهر عن المحيط .

(قوله : وإلا في مسألة النفقة المقررة) ما قبل هذا الاستثناء وما بعده استثناء من صريح قوله إذا كان دينا صحيحا ، وهذا استثناء من مفهومه فإنه يفهم منه أنه إذا كان الدين غير صحيح لا تصح الكفالة ، فقال إلا في مسألة النفقة المقررة فإنها تصح الكفالة بها مع أنها دين غير صحيح لسقوطها بموت أو طلاق ، وهذا إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضي ، وإلا فهي دين صحيح لا يسقط إلا بالقضاء أو الإبراء ، والمراد بالمقررة ما قرر منها بالتراضي أو بقضاء القاضي ." (١)

وتصح الكفالة أيضا بالنفقة المستقبلة كما يذكره الشارح بعد أسطر مع أنها لم تصر دينا أصلا .

وأما ما قدمه أول الباب من أنها لا تصح بالنفقة قبل الحكم فمحمول على الماضية ؛ لأنها تسقط بالمضي إلا إذا كانت مقررة بالتراضي أو بقضاء القاضي كما حررناه هناك .

(قوله : وإلا في بدل السعاية) أي كما إذا أعتق بعضه وسعى في باقيه .

وفي كافي الحاكم : والمستسعى في بعض قيمته بعد ما عتق بمنزلة المكاتب في قول أبي حنيفة لا تجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه ، وكذلك المعتق عند الموت إذا لم يخرج من الثلث فتلزمه السعاية ، وأما المعتق على جعل فهو بمنزلة الحر والكفالة للمولى بالجعل عنه وغيره جائزة ا هـ .

(قوله : فيلغز أي دين صحيح إلخ) فيقال هو بدل السعاية وكذا الدين المشترك كما علمته .

قال في النهر : فإن قلت : دين الزكاة كذلك ولا تصح الكفالة به .

قلت : إنما لم تصح ؛ لأنه ليس دينا حقيقة من كل وجه ا هـ .

قلت : وفي قوله كذلك نظر ؛ لأن الدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، ودين الزكاة يسقط بالموت وبهلاك المال فلا يرد السؤال من أصله .

(قوله : وأي دين ضعيف) هو دين النفقة .

(قوله : ولو حكما) أي ولو كان الإبراء حكما ط .

(قوله : بفعل) الباء للسببية ط .

(قوله : فيسقط دين المهر) الأولى فدخل دين المهر الساقط بمطاوعتها ط .

(قوله : للإبراء الحكمي) لأن تعمدها ذلك قبل الدخول مسقط لمهرها فكأنها أبرأته منه ،." (٢)

---

(١) رد المحتار، ٢١/٦١

(٢) رد المحتار، ٢١/٦٢

"(ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية وأنكر) الآخر الشراء جاز (للبائع أن يطأها إن ترك) البائع (الخصومة) واقترن تركه بفعل يدل على الرضا بالفسخ كإمساكها ونقلها لمنزله ، لما تقرر أن (جحود) جميع العقود (ما عدا النكاح فسخ) فللبائع ردها بعيب قديم لتمام الفسخ **بالتراضي** عيني ، أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا (ف) لذا (لو جحد أنه تزوجها ثم ادعاه وبرهن) على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فإنه إذا أنكره ثم ادعاه لا يقبل لانفساخه بالإنكار بخلاف النكاح .

(قوله أن يطأها) أي بعد الاستبراء إن كانت في يد المشتري أبو السعود عن الحموي عن الجلبي بحثا .

(قوله فللبائع ردها) قيده في النهاية بأن يكون بعد تحليف المشتري ، إذ لو كان قبله فليس له الرد على بائعه لاحتمال نكول المدعى عليه فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث ، وقيده الشارح بأن يكون بعد القبض أما قبله فينبغي أن له الرد مطلقا بكونه فسخا من كل وجه في غير العقار إلا بعد حلفه فيجب تقييد الكتاب بحر .." (١)

"(قوله يعقل) أي يعقل البيع والشراء لأن الكتابة إذن له بالتجارة وهو صحيح عندنا ، فلو كان لا يعقل أو مجنونا فأدى عنه رجل فقبل المولى لا يعتق واسترد ما أدى ، ولو قبل عنه رجل الكتابة ورضي به المولى لم يجز أيضا وهل تتوقف على إجازة العبد بعد البلوغ ؟ الصحيح لا تتوقف إذ لا مجيز له وقت التصرف والصغير ليس من أهل الإجازة ، بخلاف الكبير الغائب لو قبل عنه فضولي توقف على إجازة العبد ، فلو أدى القابل عن الصغير إلى المولى عتق استحسانا ، وكذا إذا كان كبيرا غائبا ولا يسترد المؤدى ، فإن أدى البعض استرده إلا إذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد ، فليس للقابل الاسترداد وإن عجز العبد عن أداء الباقي ؛ لأن المكاتبة لا تنفسخ بالرد إلى الرق بل تنتهي فكان العقد قائما فيما أدى .

بدائع ملخصا (قوله بمال) ليس قيدا احترازيا عن الخدمة لما سيأتي شرنبلالية (قوله حال) كقوله على ألف درهم فإنه يمكنه أن يحصل بالاستقراض أو الاستيهاب عقب العقد إتقاني .

قال في الهداية : وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد في الرق .

قال الأتقاني : ولكن لا يرد إلا **بالتراضي** أو بقضاء القاضي ، وإن قال أخرني وله مال حاضر أو غائب يرجى قدومه أخر يومين أو ثلاثة (قوله أو مؤجل) هو أفضل كما في السراج شرنبلالية (قوله فإن أديته فأنت حر) لا بد منه لأن ما قبله يحتمل الكتابة والعتق على مال ، ولا تتعين جهة الكتابة إلا بهذا القيد .

وأما قوله : وإن عجزت لا حاجة إليه ، وإنما." (٢)

"(و) المأذون (إن باعه سيده) بأقل من الديون (وغيبه المشتري) قيد به ؛ لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم فسخ البيع كما مر (ضمن الغرماء البائع قيمته) لتعديه (فإن رد) العبد (عليه بعيب قبل القبض) مطلقا أو

---

(١) رد المحتار، ٧٤/٢٢

(٢) رد المحتار، ٤٥٩/٢٤

بخيار رؤية أو شرط (أو بعده بقضاء رجع) السيد (بقيمته على الغرماء وعاد حقهم في العبد) لزوال المانع (وإن رد بعد القبض لا بقضاء فلا سبيل لهم على العبد للمولى ولا لعبد على القيمة) ؛ لأن الرد **بالتراضي** إقالة وهي بيع في حق غيرهما (وإن فضل من دينهم شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية) كما مر (أو ضمنوا مشتريه) عطف على البائع أي إن شاءوا ضمنوا المشتري ويرجع المشتري بالثمن على البائع (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لا قيمة العبد ". (١)

"لو اختار تضمين أحدهما ليس له تضمين الآخر عندهما وقال أبو يوسف : له ذلك ما لم يقبض الضمان منه ا هـ .

وظاهره أن بعد القبض لا يملك تضمين الثاني بلا خلاف ولذا عبر بالاختيار وكالقبض **بالتراضي** القضاء بالقيمة كما في الهندية أيضا .

[فرع] أخذه من الغاصب ليرده إلى المالك فلم يجده فهو غاصب الغاصب يخرج عن العهدة برده إلى الغاصب الأول هندية .." (٢)

"(ويملك بالأخذ **بالتراضي** أو بقضاء القاضي) عطف على الأخذ لثبوت ملك الشفيع بمجرد الحكم قبل الأخذ كما حرره منلا خسرو (بقدر رءوس الشفعاء لا الملك) خلافا للشافعي (للخليط) متعلق بتجب (في نفس المبيع . ثم) إن لم يكن أو سلم (له في حق المبيع) وهو الذي قاسم وبقيت له شركة في حق العقار (كالشرب والطريق خاصين) ثم فسر ذلك بقوله (كشرب نهر) صغير (لا تجري فيه السفن وطريق لا ينفذ) فلو عامين لا شفعة بهما .

بيانه شرب نهر مشترك بين قوم تسقى أراضيهم منه بيعت أرض منها فلكل أهل الشرب الشفعة ، فلو النهر عاما والمسألة بحالها فالشفعة للجار الملاصق فقط (ثم لجار ملاصق) ولو ذميا أو مأذونا أو مكاتبا (بابه في سكة أخرى) وظهر داره لظهرها ، فلو بابه في تلك السكة فهو خليط كما مر (وواضع جذع على حائط وشريك في خشبة عليه جار) ولو في نفس الجدار فشريك ملتقى .

قلت : لكن قال المصنف : ولو كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يتقدم على غيره من الجيران لأن الشركة في البناء لمجرد دون الأرض لا يستحق بها الشفعة .

وفي شرح المجمع : وكذا للجار المقابل في السكة الغير النافذة الشفعة بخلاف النافذة ." (٣)

---

(١) رد المحتار، ٢٢٢/٢٥

(٢) رد المحتار، ٣١٢/٢٥

(٣) رد المحتار، ٣٨٧/٢٥

"يجوز له إبطالها منفردا من غير مقتض شرعا ط (قوله بخلاف ما قبل القضاء) قدم المصنف أنها تملك بالأخذ **بالتراضي** وبقضاء القاضي ، فالقضاء هنا غير قيد تأمل (قوله وقت انقطاع حق البائع) كأن تصرف فيها المشتري ببناء ونحوه كما يأتي (قوله وفي هبة بعوض مشروط) أي في العقد .

وصورته أن يقول : وهبت هذا لك على أن تعوضني كذا ، وأجمعوا أنه لو قال وهبت هذا لك بكذا أنه بيع أتقاني .

وفي الخانية : فلو كانت بغير شرط العوض ثم عوضه بعدها فلا شفعة (قوله ولا شيوع فيهما) أي في الهبة والعوض بأن كان العوض عقارا أيضا قال ط : أما إذا كانت في شائع ، فإن كانت مما يقسم فهي فاسدة وإلا فهي صحيحة وتجري فيها الشفعة وهذا قياس ما تقدم في الهبة ا هـ ، وفي غاية البيان : قال أصحابنا : إذا وهب نصف دار بعوض فلا شفعة فيه ، لأن هبة المشاع فيما يقسم لا تجوز ا هـ (قوله وقت التقابض) أي من الجانبين ، فلو قبض أحد العوضين فلا شفعة أتقاني ، ولو سلمها قبل قبض الآخر فهو باطل كما سيذكره الشارح عن المبسوط ، ومثله في الجوهرة عن المستصفى .

قال في النهاية : ولا بد من القبض عندنا خلافا لزفر فلا شفعة ما لم يتقابضا .

وعلى قوله تجب قبل التقابض بناء على أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا بر ابتداء وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين كذا في المبسوط ا هـ .

وفي القهستاني عن المحيط : يعتبر الطلب عند التقابض في ظاهر الرواية ، فقول السائحاني عن المقدسي :." (١)

"(و) يبطلها (موت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله) ولا تورث خلافا للشافعي ، ولو مات بعد القضاء لم تبطل (لا) يبطلها (موت المشتري) لبقاء المستحق .

(قوله ويبطلها موت الشفيع إلخ) لأنها مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث درر (قوله ولو مات بعد القضاء لا تبطل) لما تقدم متنا أنها تملك بالأخذ **بالتراضي** وبقضاء القاضي (قوله لا موت المشتري) وكذا البائع خانية : ولا تباع في دين المشتري ووصيته ولو باعها القاضي أو الوصي أو أوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته هداية." (٢)

"(قوله يقول هذه الدار داري إلخ) لأنه إذا ادعى رقبتها تبطل شفعته ، وإذا ادعى الشفعة تبطل دعواه في الرقبة لأنه يصير متناقضا ، فإذا قال ذلك لا يتحقق السكوت عن طلب الشفعة لأن الجملة كلام واحد ، وأفاد أبو السعود أن هذا مبني على اشتراط الطلب فورا ، وأما على الصحيح من أن له الطلب في مجلس علمه فيمكن أن يدعي رقبتها وهو في المجلس ثم يطلب الشفعة فيه إن منع (قوله إن اعتمد على قول عالم) بحث فيه في الزواهر بأن قولهم لا يثبت الملك للشفيع إلا بعد الأخذ **بالتراضي** أو بعد قضاء القاضي يقتضي أن استيلاءه حرام ، ولا ينفعه قول العالم ا هـ ح .

---

(١) رد المحتار، ٤٣١/٢٥

(٢) رد المحتار، ٤٥٤/٢٥

أقول : عبارة الولوالجية : إن كان من أهل الاستنباط وقد علم أن بعض الناس قال ذلك لا يصير فاسقا لأنه لا يصير ظالما إلخ ، فالبحث غير متوجه فتدبر (قوله وإلا كان ظالما) يؤخذ منه أنه يعزر ا هـ .

أبو السعود عن الزواهر (قوله أشياء على عدد الرءوس) أي تقسم على عدد الرءوس لا على قدر الأنصباء (قوله العقل) أي الدية أو القيمة ، فإذا وجد حر أو عبد قتيلا في مكان مملوك قسمت القيمة أو الدية على عدد الملاك دون قدر الملك ، وتمام بيانه في حاشية الأشباه للحموي .

قال : وعلى كون العقل بمعنى الدية استحسن الدماميني قول ابن نباتة : أعيذ سناه والعذار وريقه بما قد أتى في النور والنمل والنحل وأصبو إلى السحر الذي في جفونه وإن كنت أدري أنه جالب قتلي وأرضى بأن أمضي قتيلا كما مضى بلا قود مجنون ليلى ولا عقل (قوله وأجرة." (١)

"(قوله يجب كونه عدلا إلخ) لأن القسمة من جنس عمل القضاة هداية ، وأفاد القهستاني أن هذا التعليل مشعر بأن ما ذكر غير واجب لعدم وجوبه في القضاء ، فالمراد بالوجوب العرفي الذي مرجعه إلى الأولوية كما أشار إليه في الاختيار وخزانة المفتين ا هـ .

أقول : تقدم في القضاء أن الفاسق أهل له لكنه لا يقلد وجوبا ويأثم مقلده ، فعلم أنه لا يجب في صحة القضاء العدالة بل يجب على الإمام أن يولي عدلا ، وكذا يقال هنا يجب أن ينصب قاسما عدلا ، ولا يجب في صحة نصبه العدالة والوجوب الأول على حقيقته والثاني بمعنى الاشتراط فتدبر (قوله أمينا) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كفاية : واعترضه في اليعقوبية بأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى ا هـ .

وأجيب بأن المذكور العدالة لا ظهورها (قوله ولا يتعين إلخ) الأولى قول الملتقى كالهداية ، ولا يجبر الناس على قاسم واحد ولا يترك القسام ليشتركوا (قوله بالزيادة) أي على أجر المثل (قوله القسام) بالضم والتشديد جمع قاسم (قوله خوف تواطئهم) أي على مغالاة الأجر وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر هداية (قوله وصحت إلخ) ما مر في القسمة بالجبر ، وهذا في القسمة **بالتراضي** (قوله إلا إذا كان) استثناء منقطع كما يفيده قوله بعد لعدم لزومها استثناء من محذوف أي ولزمت ا هـ ط ، وأراد بالصحة اللزوم (قوله إلا بإجازة القاضي) الظاهر رجوعه." (٢)

"(قوله أو ملكه مطلقا) أي من غير بيان سبب ط (قوله أو شراءه) الأولى أن يقول أو بسبب ليعم نحو الهبة ط (قوله فلا فرق إلخ) أي من حيث إنه يقسم بمجرد الإقرار اتفاقا ، وإنما اقتصر المصنف على الإرث ، لأن العقار الموروث يفتقر إلى البرهان ولأنه هو الذي فيه الخلاف ، فما سكت عنه يفهم حكمه مما ذكره بالطريق الأولى كما نبه عليه في المنح (قوله ومن النقلي البناء والأشجار) يعني فتقسم ؛ وقوله حيث لم تتبدل إلخ متعلق بهذا المقدر : وعبارة شيخه في حاشية المنح في هذا المحل : أقول دخل في النقلي البناء والأشجار لأنها من قسم المنقولات كما صرح به

---

(١) رد المحتار، ٤٨٩/٢٥

(٢) رد المحتار، ٦/٢٦

في البحر في كتاب الدعوى ؛ فتجري فيه قسمة الجبر حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة وإن تبدلت بها لا تجوز كالبئر والحائط والحمام ونحوها تأمل ا هـ .

أقول : وبعد التقييد بالحيثية المذكورة لا ينافيه ما في المبسوط حيث قال : بناء بين رجلين في أرض رجل قد بناه بإذنه ثم أرادا قسمته وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك **بالتراضي** ، وإن امتنع أحدهما لم يجبر عليه ا هـ ونظمه ابن وهبان تأمل (قوله وقالا يقسم) أي العقار المدعى إرثه باعترافهم كما يقسم في الصور الأخر ، وهي النقلي مطلقا والعقار المدعى شراؤه أو ملكيته المطلقة ، لهما أنه في أيديهم ، وهو دليل الملك ولا منازع لهم .

وله أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه في الزوائد كأولاد ملكه وأرباحه حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه." (١)

"(وقسم عروض اتحد جنسها لا الجنسان) بعضهما في بعض لوقوعهما معاوضة لا تمييزا فتعتمد **التراضي** دون جبر القاضي (و) لا (الرقيق) وحده لفحش التفاوت في الآدمي .

وقالا : يقسم لو ذكورا فقط وإناثا فقط كما تقسم الإبل والغنم ورقيق المغنم (و) لا (الجواهر) لفحش تفاوتها (والحمام) والبئر والرحى والكتب وكل ما في قسمه ضرر (إلا برضاهم) لما مر ، ولو أراد أحدهما البيع وأبى الآخر لم يجبر على بيع نصيبه خلافا لمالك .

وفي الجواهر لا تقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع كل بالمهايأة ، ولا تقسم بالأوراق ولو برضاهم ؛ وكذا لو كان كتابا ذا مجلدات كثيرة ، ولو تراضيا أن تقوم الكتب ويأخذ كل بعضها بالقيمة لو كان **بالتراضي** جاز وإلا لا خانية . ". (٢)

"(قوله وقسم عروض اتحد جنسها) لأن القسمة تميز الحقوق وذلك ممكن في الصنف الواحد كالإبل أو البقر أو الغنم أو الثياب أو الدواب أو الحنطة أو الشعير يقسم كل صنف من ذلك على حدة جوهرة (قوله بعضهما في بعض) أي بإدخال بعض في بعض ، بأن أعطي أحدهما بعيرا والآخر شاتين مثلا جاعلا بعض هذا في مقابلة ذاك درر (قوله فتعتمد **التراضي** إلخ) لأن ولاية الإجبار للقاضي تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة درر (قوله ولا الرقيق) لأن التفاوت في الآدمي فاحش فلا يمكن ضبط المساواة ، لأن المعاني المقصودة منه : العقل والفطنة والصبر على الخدمة والاحتمال والوقار والصدق والشجاعة والوفاق وذلك لا يمكن الوقوف عليه فصاروا كالأجناس المختلفة ، وقد يكون الواحد منهم خيرا من ألف من جنسه قال الشاعر : ولم أر أمثال الرجال تفاوتا إلى الفضل حتى عد ألف بواحد بخلاف سائر الحيوانات لأن تفاوتها يقل عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد جوهرة (قوله وحده) اعلم أنه إذا كان مع الرقيق دواب أو عروض أو شيء آخر قسم القاضي الكل في قولهم وإلا

---

(١) رد المحتار، ٩/٢٦

(٢) رد المحتار، ١٩/٢٦

فإن ذكورا أو إناثا فكذلك عنده ، وإن ذكورا وإناثا فلا إلا برضاهم .
والحاصل أن عند أبي حنيفة لا يجوز الجبر على قسمة الرقيق إلا أن يكون معه شيء آخر هو محل لقسمة الجمع كالغنم والثياب فيقسم الكل قسمة جمع .

وكان أبو بكر الرازي يقول : تأويل هذه المسألة أنه يقسم برضا الشركاء فأما مع." (١)

"مصرين) مكرر مع قول المتن أولا ا هـ ح (قوله إذا كانت كلها في مصر واحد أو لا) لو قال ولو في مصر لكان أخصر وأظهر ا هـ ح (قوله فقولهما كقوله) الأولى أن يقول فكقوله (قوله ويصور القاسم إلخ) أي ينبغي إذا شرع في القسمة أن يصور ما يقسمه بأن يكتب في كاغده أن فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه إن أراد رفعه للقاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه ويعدله أي يسويه ، ويروى بعزله : أي يقطعه بالقسمة عن غيره ليعرف قدره عناية (قوله ويذرعه) شامل للبناء ، لما قال الزيلعي : ويذرعه ويقوم البناء لأن قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ، ولا بد من معرفتهما ليمكن التسوية في المالية ، ولا بد من تقويم الأرض وذرع البناء ا هـ شرنبلالية (قوله ويفرز إلخ) بيان للأفضل ، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز هداية وغيرها ، والظاهر أن معناها إذا شرط القاسم ذلك فلا ينافي ما يأتي من أنه إذ ا لم يشترط فيها صرف إن أمكن وإلا فسخت القسمة فافهم (قوله لتطيب القلوب) أشار إلى أن القرعة غير واجبة حتى إن القاضي لو عين لكل واحد نصيبا من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فملك الإلزام هداية .
مطلب في الرجوع عن القرعة [تنبيه] إذا قسم القاضي أو نائبه بالقرعة فليس لبعضهم الإباء بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت إلى إبائه قبل خروج القرعة ، ولو القسمة بالتراضي له الرجوع إلا إذا خرج جميع السهام إلا واحدا لتعين نصيب ذلك الواحد وإن لم يخرج ، ولا." (٢)

"(اختلفوا في مقدار عرض الطريق جعل) عرضها (قدر عرض باب الدار) وأما في الأرض فبقدر ممر الثور زيلعي (بطوله) أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه ، إن فوق الباب لا فيما دونه لأن قدر طول الباب من الهواء مشترك والبناء على الهواء المشترك لا يجوز إلا برضا الشركاء جلالية .
(ولو شرطوا أن يكون الطريق في قسمة الدار على التفاوت جاز وإن) وصلية (كان سهامهم في الدار متساوية و) ذلك لأن (القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الأموال الربوية جائزة) فجاز قسمة التين بالأكرار لأنه ليس بوزني ، لا العنب بالشريحة على الصحيح بل بالقبان أو الميزان لأنه وزني .
(سفل له) أي فوقه (علو) مشتركان (وسفل مجرد) مشترك والعلو لآخر (وعلو مجرد) مشترك والسفل لآخر (قوم

(١) رد المحتار، ٢٠/٢٦

(٢) رد المحتار، ٢٦/٢٦

كل واحد) من ذلك (على حدة ، وقسم بالقيمة) عند محمد وبه يفتى .
". (١)

"(ظهر دين في التركة المقسومة تفسخ) القسمة (إلا إذا قضوه) أي الدين (أو أبرأ الغرماء ذمم الورثة أو يبقى منها) أي من التركة (ما يفي به) لزوال المانع (ولو ظهر غبن فاحش) لا يدخل تحت التقويم (في القسمة) فإن كانت بقضاء (بطلت) اتفاقا لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد (ولو وقعت **بالتراضي**) تبطل أيضا (في الأصح) لأن شرط جوازها المعادلة ولم توجد فوجب نقضها خلافا لتصحيح الخلاصة .

قلت : فلو قال كالكنز تفسخ لكان أولى (وتسمع دعواه ذلك) أي ما ذكر من الغبن الفاحش (إن لم يقر بالاستيفاء ، وإن أقر به لا) تسمع دعوى الغلط والغبن للتناقض ، إلا إذا ادعى الغصب فتسمع دعواه ، وتمامه في الخانية .

(ادعى أحد المتقاسمين) للتركة (دينا في التركة صح) دعواه لأنه لا تناقض لتعلق الدين بالمعنى والقسمة للصورة (ولو ادعى عينا) بأي سبب كان (لا) تسمع للتناقض ، إذ الإقدام على القسمة اعتراف بالشركة .
". (٢)

"(بنى أحدهما) أي أحد الشريكين (بغير إذن الآخر) في عقار مشترك بينهما (فطلب شريكه رفع بنائه قسم) العقار (فإن وقع) البناء (في نصيب الباني فبها) ونعمت (وإلا هدم) البناء ، وحكم الغرس كذلك بزازية .

(القسمة تقبل النقض ، فلو اقتسموا وأخذوا حصتهم ثم تراضوا على الاشتراك بينهم صح) وعادت الشركة في عقار أو غيره ، لأن قسمة **التراضي** مبادلة ويصح فسخها ومبادلتها **بالتراضي** بزازية .
". (٣)

"(قوله بغير إذن الآخر) وكذا لو بإذنه لنفسه لأنه مستعير لحصة الآخر ، وللمعير الرجوع متى شاء .

أما لو بإذنه للشركة يرجع بحصته عليه بلا شبهة رملي على الأشباه (قوله وإلا هدم البناء) أو أرضاه بدفع قيمته ط عن الهندية .

أقول : وفي فتاوى قارئ الهداية : وإن وقع البناء في نصيب الشريك قلع وضمن ما نقصت الأرض بذلك ا هـ وقد تقدم في كتاب الغصب متنا أن من بنى أو غرس في أرض غيره أمر بالقلع وللمالك أن يضمن له قيمة بناء أو غرس أمر بقلعه إن نقصت الأرض به ، والظاهر جريان التفصيل هنا كذلك تأمل (قوله في عقار أو غيره) لم أر هذا التعميم لغيره وإن كان ظاهر المتن ، لأن المصنف عزاه للبزازية .

وعبارتها : قسموا الأراضي وأخذوا حصتهم إلخ فهو خاص بالعقار كما يظهر قريبا (قوله لأن قسمة **التراضي**) كذا في

---

(١) رد المحتار، ٩٢/٢٦

(٢) رد المحتار، ٤٠/٢٦

(٣) رد المحتار، ٤٥/٢٦

غالب النسخ ، وفي بعضها الأراضي وهو الذي في المتن ، وهكذا رأيته في البزازية وغيرها .
وعل ل في الذخيرة بأن القسمة في غير المكيل والموزون في معنى البيع فكان نقضها بمنزلة الإقالة ا هـ .
أقول : والظاهر منه أن القسمة في المثلي لا تنتقض بمجرد **التراضي** لأنها ليست بعقد مبادلة لأن الراجح فيها جانب الإفراز كما مر ، نعم إذا خلطوا ما قسموه من المثلي برضاه تجددت شركة أخرى ، وبه ظهر ما ذكرناه آنفا تأمل (قوله ومبادلتها) عبارة البزازية وإقالتها." (١)

"(ولا تصح عند الإمام) ؛ لأنها كقفيز الطحان (وعندهما تصح ، وبه يفتى) للحاجة ، وقياسا على المضاربة (قوله ولا تصح عند الإمام) إلا إذا كان البذر والآلات لصاحب الأرض والعامل ، فيكون الصاحب مستأجرا للعامل والعامل للأرض بأجرة ومدة معلومتين ، ويكون له بعض الخارج **بالتراضي** ، وهذا حيلة زوال الخبث عنده ، وإنما لم يصح بدونها لاختلاف فيه من الصحابة والتابعين لتعارض الأخبار عن سيد المرسلين صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم الدين كما في المبسوط .
وقضى أبو حنيفة بفسادها بلا حد ، ولم ينه عنها أشد النهي كما في الحقائق ، ويدل عليه أنه فرع عليها مسائل كثيرة ، حتى قال محمد : أنا فارس فيها ؛ لأنه فرع عليها وراجل في الوقف ؛ لأنه لم يفرع عليه كما في النظم قهستاني .
وفي الهداية : وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله لو البذر من رب الأرض ، ولو منه فعليه أج ر مثل الأرض والخارج في الوجهين لرب البذر (قوله ؛ لأنها كقفيز الطحان) ؛ لأنها استئجار ببعض ما يخرج من عمله فتكون بمعناه ، وقد نهى عنه صلى الله عليه وسلم وهو أن يستأجر رجلا ليطحن له كذا منا من الحنطة بقفيز من دقيقها ، وتمام الأدلة من الجانبين مبسوط في الهداية وشروحها .
وفي الشرنبلالية عن الخلاصة أن الإمام فرع هذه المسائل في المزارعة على قول من جوزها لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله .." (٢)

"حرث بين رجلين أبى أحدهما أن يسقيه أجبر ، فلو فسد قبل رفعه للحاكم لا ضمان عليه ، وإن رفع إلى القاضي وأمره بذلك ، ثم امتنع ضمن جواهر الفتاوى .
(قوله حرث) أي زرع قاموس ، وقوله بين رجلين : أي مشترك بينهما لا بالمزارعة ؛ لأن المزارع يضمن إذا قصر بلا مرافعة كما قدمه ، وما ذكره هنا ذكره في جامع الفصولين ، وكذا في التتارخانية عن أبي يوسف (قوله أبى أحدهما) أي امتنع عن السقي لما طلب الآخر منه أن يسقيه معه (قوله أجبر) أي أجبره الحاكم ، وهذا أحد قولين قدمناهما في آخر القسمة عن الخلاصة .
ثانيهما أنه لا يجبر ويقال للطالب اسقه وأنفق ، ثم ارجع بنصف ما أنفقت ، ونقل الثاني في التتارخانية عن جامع

---

(١) رد المحتار، ٤٦/٢٦
(٢) رد المحتار، ٦٨/٢٦

الفتاوى مقتصرا عليه (قوله وإن رفع إلى القاضي إلخ) وجه الضمان أنه بأمر القاضي تحقق الوجوب عليه كالإشهاد على صاحب الحائط المائل ، فإذا امتنع بعده ، وفسد الزرع صار متعديا ، فيضمن حصة شريكه ؛ لأن الزرع مشاع بينهما لا يمكن شريكه أن يسقي حصته منه ، ولا يلزمه سقي الجميع وحده ، ولا يمكنه قسمته جبرا ولا **بالتراضي** ما لم يتفقا على القلع كما قدمناه في القسمة ، هذا ما ظهر لي فافهم .." (١)

"كتاب الجنايات مناسبته أن الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الأنفس والمال وسيلة للنفس فقدم ، ثم الجناية لغة اسم لما يكتسب من الشر .

وشرعا اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس ، وخص الفقهاء الغصب والسرقة بما حل بمال والجناية بما حل بنفس وأطراف .

(القتل) الذي يتعلق به الأحكام الآتية من قود ودية وكفارة وإثم وحرمان إرث (خمسة) وإلا فأنواعه كثيرة كرجم وصلب وقتل حربي ، الأول (عمد ، وهو أن يتعمد ضربه) أي ضرب الآدمي في أي موضع من جسده (ب) آلة تفرق الأجزاء مثل (سلاح) ومثقل لو من حديد جوهرة (ومحدد من خشب) وزجاج (وحجر) وإبرة في مقتل برهان (وليطة) وقوله (ونار) عطف على محدد لأنها تشق الجلد وتعمل عمل الذكاة ، حتى لو وضعت في المذبح فأحرقت العروق أكل ، يعني إن سال بها الدم وإلا لا كما في الكفاية قلت : في شرح الوهبانية : كل ما به الذكاة به القوة وإلا فلا ا هـ .

وفي البرهان : وفي حديد غير محدد كالسنجة روايتان أظهرهما أنها عمد .

وفي المجتبى وإحماء التنور يكفي للقود وإن لم يكن فيه نار .

وفي معين المفتي للمصنف : الإبرة إذا أصابت المقتل ففيه القود وإلا فلا ا هـ فيحفظ .

وقالا الثلاثة : ضربه قصدا بما لا تطيقه البنية كخشب عظيم عمد (وموجبه الإثم) فإن حرمته أشد من حرمة إجراء كلمة الكفر لجوازه لمكره ، بخلاف القتل .

(و) موجبه (القود عينا) فلا يصير مالا إلا **بالتراضي** فيصح صلحا ولو بمثل الدية أو أكثر ابن." (٢)

"(قوله كما مر) أي أول الفصل (قوله ولو قال إلخ) أفاد أن ولي القصاص له استيفاؤه بنفسه وأمر غيره به كما صرح به في البزازية ، لكن ليس للغير استيفاؤه بغيبة الموكل كما قدمناه عن القهستاني (قوله أي بعد قتل الأجنبي) مصدر مضاف إلى فاعله (قوله كنت أمرته) أي أمرت الأجنبي (قوله لا يصدق) ؛ لأن فيه إسقاط حق غيره وهو ولي القاتل الأول (قوله يعني إلخ) أفاده المصنف في المنح ، وبه علل في الظهيرية حيث قال ؛ لأنه أخبر عما يملك (قوله كما هو القاعدة) وهي أن من حكى أمرا إن ملك استئنافه للحال صدق وإلا فلا ؛ كما لو أخبر وهي في العدة أنه راجعها صدق ، ولو بعدها فلا إن كذبته إلا ببرهان ، وهنا يملك استئناف الإذن بالحفر ولا يملك الإذن بالقتل لفوات

---

(١) رد المحتار، ١٠٦/٢٦

(٢) رد المحتار، ٤٨٨/٢٧

محله وهو المقتول (قوله وظاهره إلخ) أي ظاهر قول المتن ولو قتل القاتل أجنبي وجب القصاص إلخ أن ولي المقتول الأول يسقط حقه رأسا أي يسقط من الدية كما سقط من القصاص ، مثل لو مات القاتل بلا قتل أحد .

ووجه الظهور أن المصنف لم يتعرض لشيء من ذلك وهو ظاهر ، لما تقدم من أن موجب العمد القود عينا فلا يصير مالا إلا **بالتراضي** ولم يوجد هنا ثم رأيته في التتارخانية حيث قال في هذه المسألة وإذا قتل القاتل بحق أو بغير حق سقط عنه القصاص بغير مال ، وكذا إذا مات (قوله ولو استوفاه) إلخ أي استوفى القصاص الواجب لجماعة ، وكان ينبغي ذكر هذه المسألة قبل قوله ولو قتل القاتل أجنبي." (١)

"(ولمملوكه بثلث ماله) اتفاقا وتكون وصية بالعتق فإن خرج من الثلث فيها وإلا سعى بقية قيمته وإن فضل من الثلث شيء فهو له

(قوله وتكون وصية بالعتق) أي تكون هذه الوصية وصية للعبد بنفسه تصحيحا لها وبما زاد على قيمته إلى تمام الثلث (قوله فإن خرج من الثلث إلخ) فيه إجمال وبيانه ما نقله ط عن الهندية عن البدائع إن كان المال دراهم أو دنانير وقيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له صار قصاصا ، ولو في المال زيادة دفعت إليه أو في ثلثي العبد زيادة دفعت إلى الورثة ، وإن كان عروضا لا يصير قصاصا إلا **بالتراضي** ، لاختلاف الجنس ، ويسعى في ثلثي قيمته وله ثلث سائر أمواله وهذا عنده ، وأما عندهما فكله مدبر ، فيعتق كله مقدما على سائر الوصايا فإن زاد الثلث على قيمته دفع الورثة إليه وإن قيمته أكثر سعى في الفضل ا هـ ملخصا .

قلت : والخلاف مبني على تجزيء الإعتاق وعدمه كما في شرح المجمع ، وأشار بـتقدم العتق على سائر الوصايا إلى ثمرة الخلاف ، وأوضحها في العزيمة بما إذا أوصى بثلث ماله لقنه الذي قيمته ألف درهم ، وأوصى بثلثي ألف درهم للفقراء ومات وترك العبد وألفي درهم عتق عنده ثلث العبد مجانا والثلثان من قيمته بين العبد والفقراء سوية ، ويدفع العبد للفقراء ثلث قيمته وعندهما يعتق أولا كل العبد مجانا ولا شيء للفقراء ا هـ فتأمل .

ثم إن ظاهره أن كون هذه وصية العتق مبني على قولهما تأمل." (٢)

"الخيار في أخذ الأعلى ورد الفضل أو الأدنى وإعطاء الفضل للمصدق والواقع أن الخيار لرب المال في الوجه الثاني فقط وأطلق في النهاية أن الخيار لرب المال إذ الخيار شرع رفقا بمن عليه وذلك بأن يجعل الخيار إليه مع تحقق قولهم يجبر المصدق على قبول الأدنى مع الفضل ولا يجبر على قبول الأعلى ورد الفضل لأن هذا يتضمن بيع الفضل من المصدق ومبني على **التراضي** لا الجبر وهذا يحقق أن لا خيار له في الأعلى إذ معنى ثبوت الخيار مطلقا له أن يقال له أعط ما شئت أعلى أو أدني فإذا كان بحيث لا يقبل منه الأعلى لم يجعل الخيار إليه فيه اللهم إلا أن يراد أن له الخيار لو طلب الساعي منه الأعلى فيكون له أن يتخير بين أن يعطيه أو يعطي الأدني وقوله وأعطى الفضل وأخذ الفضل

---

(١) رد المحتار، ٣٩/٢٨

(٢) رد المحتار، ٤٦٣/٢٨

مطلقا يفيد أن جبران ما بين السنين غير مقدر بشيء معين من جهة الشارع بل يختلف بحسب الأوقات غلاء ورخصا وعند الشافعي هو مقدار بشاتين أو عشرة لما قدمنا في كتاب الصديق من أنه إذ أوجب عليه بنت مخاض فلم توجد أعطى إما بنت لبون وأخذ شاتين او عشرة أو ابن لبون ليس غير

قلنا هذا كان قيمة التفاوت في زمانهم وابن اللبون يعدل بنت المخاض إذ ذاك جعلا لزيادة السن مقابلا بزيادة الأنوثة فإذا تغير تغير وإلا لزم عدم الإيجاب معنى بأن تكون الشاتان أو العشرون التي يأخذها من المصدق تساوي السن الذي يعطيه خصوصا إذا فرضنا الصورة المذكورة في المهازيل فإنه لا يبعد كون الشاتين تساويان بنت لبون مهزولة جدا فإعطاؤها في بنت مخاض مع استرداد شاتين إخلاء معنى أو الإجحاف برب المال بأن يكون كذلك وهو الدافع للأدنى وكل من اللازمين منتف شرعا فينتفي ملزومهما وهو تعين الجابر

فروع عجل عن أربعين بقرة مسنة فهلك من بقية النصاب واحدة ولم يستفد شيئا حتى تم الحول يمسك الساعي من المعجل قد تبيع ويرد الباقي وليس لرب المال أن يسترد المسنة ويعطيه مما عنده تبيعا لأن قدر التبيع من المسنة صار زكاة حقا للفقراء فلا يسترد ومثله في تعجيل بنت المخاض من خمسة وعشرين إذا انتقص الباقي واحدة فتم الحول أمسك الساعي قدر أربع شياه

وروى بشر عن أبي يوسف أنه يردها ولا يحبس شيئا ويطالب بأربع شياه لأنه في إمساك البعض ورد البعض ضرر التشقيص بالشركة

وقياس هذه في البقرة أن يسترد المسنة لكن في هذا نظر إذ لا شركة بعد دفع قيمة الباقي ولو كان استهلكك المعجل أمسك من قيمتها قدر التبيع والأربع شياه ورد الباقي

ولو تم الحول وقد زادت الأربعون إلى ستين فحق الساعي في تبعين فليس للمالك استرداد المسنة بل يكمل الفضل للساعى بخلاف ما لو أخذ المسنة على ظن أنها أربعون فإذا هي تسعة وثلاثون فإنه يرد المسنة ويأخذ تبيعا لأن الاتفاق على الغلط يعدم الرضا أما هناك فدفع عن رضا على احتمال أن تصير زكاة ولم يظهر أن الاحتمال لم يكن ولو لم يظهر الغلط حتى تصدق بها الساعي فلا ضمان عليه وإن كان أخذها كرها على ذلك

." (١)

"رضي الله عنه أن يضرب عليهم الجزية فأبوا وقالوا نحن عرب لا نؤدي ما يؤدي العجم ولكن خذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض يعنون الصدقة فقال عمر لا هذه فرض المسلمين فقالوا فزد ما شئت بهذا الأسم لا باسم الجزية فعل فتراضي هو وهم على أن يضعف عليهم الصدقة وفي بعض طرقه هي جزية سموها ما شئتم

وفي رواية لابن أبي شيبة ولا يمنعوا أحدا أن يسلم ولا يغمسوا أولادهم

---

(١) شرح فتح القدير، ١٩٠/٢

وفي رواية القاسم بن سلام في كتاب الأموال هم يعني عمر رضي الله عنه أن يأخذ منهم الجزية فنفروا في البلاد فقال النعمان بن زرعة أو زرعة ابن نعمان لعمر يا أمير المؤمنين إن بني تغلب قوم عرب يأنفون من الجزية وليست لهم أموال إنما هم أصحاب حروث ومواشي ولهم نكاية في العدو فلا تعن عدوك عليك بهم قال فصالحهم عمر على أن يضعف عليهم الصدقة واشترط عليهم أن لا ينصروا أولادهم

هذا وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يؤخذ من المرأة شيء وهو قول زفر لأن المأخوذ بدل الجزية بل قد اعتبرها عمر نفس الجزية حيث قال هي جزية سموها ما شئتم ولا جزية على المرأة فلا يلزمها بدلها وهو القياس

وجه الظاهر أن اللازم في الأصل كان الجزية فلما وقع **التراضي** بإسقاطها بما يؤخذ من المسلم مضاعفا صار اللازم عين ما صير إليه فوجب شمولة النساء لأنهم رضوا في إسقاط ذلك بذلك ظاهرا قوله وإن هلك المال يعني حال الحول ففرط في الأداء حتى هلك من غير تعد أعني من غير استهلاك منه قوله بعد التمكن بأن طلب المستحق أو وجد وإن لم يطلب قوله ولأنه منعه بعد الطلب أي طلب الفقير إذا فرض ذلك ولأنه جعله الشرع مطالبا لنفسه نيابة عنه أو هو مطالب بالأداء على الله تبارك وتعالى رضي الله عنهن الرب عز وجل

". (١)

"تصير خراجية إن استقرت في ملكه وإن لم تستقر بل ردت على البائع بفساد البيع أو بخيار شرط أو رؤية أو استحقها مسلم بشفعته عادت عشرية ولو بعد وضع الخراج لأن هذا الرد فسخ فيجعل البيع كأن لم يكن وبالاستحقاق بالشفعة تنتقل إلى المسلم الشفيع الصفقة كأنه اشتراها من المسلم وكذا إذا ردها بعيب بقضاء لأن للقاضي ولاية الفسخ وأما بغير قضاء فهي خراجية لأنه إقالة وهو بيع في حق غيرهما فصار شراء المسلم من الذمي بعد ما صارت خراجية فتصير على حالها ذكره التمرتاشي كما إذا أسلم هو واشتراها منه مسلم آخر وفي نوادر زكاة المبسوط ليس له أن يردها لأن الخراج عيب حدث فيها في ملكه

وأجيب بأن هذا عيب يرتفع بالفسخ فلا يمنع الرد وهذا بناء على أن المراد بما في النوادر ليس له أن يلزمه بالرد بالقضاء للمانع فمنعه بأنه مانع يرتفع بالرد وهذا للعلم بأن الرد **بالتراضي** إقالة فلا يمتنع للعيب

هذا التفريع كله على القول بصيرورتها خراجية وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يضاعف عليه عشرها

وقال محمد هي على حالها عشرية

ثم في رواية تصرف مصارف العشر وفي أخرى مصارف الخراج والأقوال الثلاثة بناء على جواز تبقيتها على ملكه

وقال مالك لا تبقي بل يجبر على إخراجها عنه

وقال الشافعي في قول لا يجوز البيع أصلا كقوله فيما إذا اشترى الذمي عبدا مسلما وفي قول يؤخذ منه العشر والخراج معا

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٠١/٢

وعن شريك لا شيء فيها قياسا على السوائم إذا اشتراها ذمي من مسلم وجه قول الشافعي أن القول بصحة البيع يوجب تقرر العشر ومال الكافر لا يصلح له فالقول بصحته يستلزم الممتنع

وجه قوله الآخر أن العشر كان وظيفتها فتنتقل إليه بما فيها ثم يجب أن يوظف عليه الخراج لما نذكر في وجه قول أبي حنيفة فيجبان عليه جميعا

وجه قول مالك أن ماله لا يصلح للعشر لما فيه من معنى العبادة ولا يمكن تغييره لتعلق حق الفقراء فيها فيجب إجباره على إخراجها عن ملكه إبقاء لحق الفقراء

وجه قول محمد أن معنى العبادة في العشر تابع فيمكن إلغاؤه قياسا على الخراج لما كان معنى العقوبة فيه تابعا ألغى في حق المسلم فتقرر عليه بقاء

وجه قول أبي يوسف أن تضعيف ما يؤخذ من المسلم على الذمي ثابت في الشرع كما إذا مر على العاشر ولم يكن عليه قبله فعلم أن ما يؤخذ من المسلم إذا ثبت أخذه من الذمي يضعف عليه

وجه قول أبي حنيفة أنه تعذر التضعيف لأنه إنما يثبت بحكم الصلح أو **التراضي** كما في التغلبيين وتعذر العشر لما فيه من معنى العبادة وإن سلم كونه تابعا فإنه ليس أهلا لشيء منها والأرض لا تخلو عن وظيفة مقررة فيها شرعا بخلاف السائمة على ما قدمنا وبه ينتفي قول شريك فتعين الخراج وهو الأليق بحال الكافر لاشتماله على معنى العقوبة والحاصل أن هذا مما منع

---

(١) ".

"إذا كان مما يمكن القاضي إنشاؤه يخرج ما إذا كانت معتدة الغير أو مطلقته ثلاثا فادعى أنه تزوجها بعد زوج آخر ونحو ذلك مما لايقدر القاضي على إنشاء العقد فيه أما الهبة والصدقة فهي نفاذ القضاء بهما باطنا روايتان إذا ادعيا كذبا وجه المانعة أن القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف الأول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطنا فلا يسعه أن يطأها إذا ادعى كذبا وإذا كان مدعي عليه يطلقها وهو قول الشافعي وكما لا تحل للثاني لا تحل للأول فيما إذا ادعت الطلاق الثلاث كذبا فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند أبي حنيفة تحل للثاني لا تحل للأول لأن القاضي يملك التطليق على الغير أحيانا بخلاف المعتدة وأختها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بأن ادعى أحد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذبا وبرهن زورا فبفسخ القاضي ينفسخ البيع ويحل للبائع وطؤها لو كانت أمة وكذا لو ادعى بيع الأمة منه ولم يكن باعها فقضى بها القاضي لمدعي الشراء حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر وأيضا القضاء إما إمضاء لعقد سابق أو إنشاء لا يصح الأول لعدم سابق ولا الثاني لأنه لا إيجاب ولا قبول ولا شهود ولأبي حنيفة أن القاضي مأمور بما في وسعه وإنما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد أن القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم

---

(١) شرح فتح القدير، ٢/٢٥٤

ما ذكر النفاذ باطنا إذ القدر الذي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطنا إذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله وإذا ابتني القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ فأفاد اختيار أحد شقي ترديدهما وهو أنه إنشاء والمعنى أنه يثبت الإنشاء اقتضاء للقضاء بتقديمه عليه وأفاد بذلك جوابهما عما أبطلا به هذا الشق من عدم الإيجاب والقبول والشهود فإن ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها إذا كانت قصديات على أن كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود القضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو أوجه ولو أنهما أبطلا هذا الشق بعدم **التراضي** من الجانبين لم يندفع بذلك ولما كان المقتضى ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء إلى تقديم الإنشاء إلا إذا افتقرت صحته إلى نفاذه باطنا وليس مفتقرا إليه لثبوته مع انتفائه في الأملاك المرسلة حيث يصح ظاهرا لا باطنا زاد قوله قطعا للمنازعة يعني أن المقصود من القضاء قطع المنازعة ولا تنقطع فيما نحن فيه

". (١)

"أو وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء **والتراضي** عندنا وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالأرش لأن بدل جزء من عينها فإن المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وإزالة البكارة بلا دخول كمن تزوج ببكر فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول بها فلا يوجب إلا نصف المهر عند أبي حنيفة وعند محمد يجب كماله واختلفت الرواية عن أبي يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع أبي حنيفة قوله والأقيسة متعارضة جواب عن سؤال مقدر وهو أن الآية وهي قوله تعالى ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ عام في المفروض أعطى حكم التصنف وقد خص منه ما إذا كان المفروض نحو الهمر وما إذا سمى بعد العقد الخالي عن التسمية فإنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز أن يعارضه القياس إن وجد وقد وجد وهو أن في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك عن نفسه باختياره فكان كإعتاق المشترى العبد المبيع أو إتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى أو يقال هو رجوع المبدل إليها سالما فكان كما إذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الأقيسة متعارضة فإن مقتضى الأول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء أصلا فتساقطا فبقي النصف على ما كان عليه فكان المرجع إليه وعلى هذا يسقط ما أورد من أن مقتضى العبارة أن المصير إلى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لأن ذلك في نص لا يعارضه القياس ومن أن القياسين إذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في أحدهما لأن ذلك فيما إذا لم يكن عموم نص

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٥٣/٣

" (١)

"أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوي انتهى بخلاف الإبراء منها حال قيام النكاح لأن الإبراء من النفقة المستقبلة لا يصح هذا و لقائل أن يقول الوجه الأول يقتضي سقوط المهر بالطلاق على مال و الثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لأنه يفيد انطلاقها أي المرأة و انطلاقها عن الزوج يوجب مثله في حقه و تحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بمواجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه فالذي يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الأول و التزام رواية الحسن عن أبي حنيفة في الطلاق على مال أنه أيضا يسقط المهر كالخلع و إلا فالحال ما علمت و لو كان الخلع بلفظ البيع و الشراء أي بأن قال بعتك نفسك بألف فقالت اشتريت اختلف المشايخ في أنه على قول أبي حنيفة رضي الله عنه كالخلع و المبارأة أولا و صحح في الفتاوى الصغرى أنه كالخلع و المبارأة و ترجيح ق و ل محمد رحمه الله تعالى بأنه عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه و اللفظ و إن كان ينبئ عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضيا به فكيف يسقط غيره ذهول عن التحقيق فإنه إذا أنبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح و اقتضى ذلك أن تسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع **التراضي** على إثباته بمال فقد وقع **التراضي** على إثبات سقوط ملك النكاح و المهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة

تنبيه لا يسقط المهر بخلع الأجنبي بمال نفسه لأنه لا ولاية للأجنبي في إسقاط حقها ذكره شمس الأئمة و كذا الأمة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن المولى يقع الطلاق و لا يسقط المهر بخلاف ما إذا كان بإذنه فيسقط و تباع في بدل الخلع و فيما إذا كان بغير إذنه لا تطالب به إلا بعد العتق و أم الولد و المدبرة في الإذن يؤديان من كسبهما

فروع إذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهي منوية الرضاع إن وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم وإلا لا يصح وفي المنتقى إن كان الولد رضيعا صح وإن لم يبين المدة وترضع حولين ١ هـ بخلاف الفطم وفي الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشرا بنفقته صح الخلع ويجب ذلك وإن كان مجهولا يعني قدر النفقة وهذا لما علمت أن الجهالة غير المتفاحشة متحملة في الخلع فإن تركته على زوجها وهربت فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها ولها أن تطالبه بكسوة الصبي إلا إن اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وإن كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا أو فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها يبدل الخلع على إرضاع الرضيع جاز ولو استأجرها به على إمساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى في امرأة ا ختلعت من زوجها بمالها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به إذا ولدته إلى سنتين جاز فإن مات أو لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا إذا مات هي عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين إلا أن قالت عند الخلع إن مات أو مت فلا شيء على فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف ولو اختلعت على أن تمسكه إلى وقت البلوغ صح في الأنثى

---

(١) شرح فتح القدير، ٣٢٣/٣

". (١)

"بأن يسرق احد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما لما قلنا من ان للسارق فيه حقا قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التأجيل لتأخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له اخذه قبل الاجل وجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تأخرت المطالبة يصير شبهه دارئة وان كان لايلزمه لإعطاء الآن وكذا لو سرق اكثر من حقه لا يقطع لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا او غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو اخذ من غير جنس حقه فان كان حقه دراهم او دنانير فأخذ عروضا قطع لأنه ليس له اخذها اللهم الا ان يقول اخذتها رهنا بديني فلا يقطع وعن ابي يوسف لايقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن ابي ليلى قضاء لحقه او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك وان كان دراهم فأخذ دنانير او على قول لايستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك وان كان دراهم فأخذ دنانير او على القلب اختلف فيه قيل يقطع لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له اخذها وقيل لايقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ويقطع لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم ولو سرق المكاتب

". (٢)

"ذهب وفضة وما سوى ذلك مما هو مع غلامه او على دابة أخرى فليس منه بل حق الكل والحقيقة الرفادة في مؤخر القتب وكل شيء شددته في مؤخرة رحلك او قتبك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان احدهما ليس من السلب وبه قال أحمد والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد في بردته روايتان وقوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فقط أما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدرا الإسلام لما مر من قبل أي في باب الغنائم من قوله ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة الخ حتى لو قال الإمام من اصاب جارية فهي له ومن اصاب شيئا فهو له فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطوءها في دار الحرب وقال محمد له أن يطاها وهو قول الأئمة الثلاثة لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب أو بعد قسم الإمام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالإجمال بعد الاستبراء بخلاف المتلصص إذا أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لأنه ما اختص بملكها لأنه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما أن سبب الملك في النفل ليس إلا القهر كما في الغنيمة ولا يتم إلا بعد الإحراز بدار الإسلام لأنه ما دام في دار الحرب

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٣٦/٤

(٢) شرح فتح القدير، ٣٧٧/٥

مقهور دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا في حقه من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل في إثبات القهر بل في قطع حق غيره واما الملك فإنما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لأن سبب الملك العقد والقبض **بالتراضي** لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الإحراز لا لما ذكر لأن لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب عند ابي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لأنه مجتهد فيه فيتم مالك من وقعت في سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الأظهر في المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد إلا على أحد القولين وقوله ووجوب الضمان بالإتلاف ذكره لدفع شبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف

". (١)

"وقد فاتت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بفواتها شيء منه وإنما لم يقابل شيء من الثمن بالوصف لأنه تابع وبفواته لا يسقط شيء من الثمن ولهذا لو ظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطلب شيئا بمقابلته ألا يرى أنه لو اشترى عبدا فذهبت يده أو عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن والعقر كالأرش واستشكل بأن الوصف إنما يقابله شيء من الثمن إذا لم يصر مقصودا بالتناول أما إذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فإنه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت في يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا في الشفعة إذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدى قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فإنه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كأن جف شجر البستان ونحوه لا يقابله شيء من الثمن وبهذا أورد على إطلاق قوله بخلاف الشفعة لأن ذلك في القصدي أما في غيره فالشفعة والمسألة التي نحن فيها سواء وأجيب بأن الوصف إنما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول في الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسألة المرابحة لأنها مبنية على الأمانة دون الخيانة وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشتري كالفاسد من حيث وجوب تحويله إليه أما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لأن الأوصاف تضمن فيه أي في البيع الفاسد لأنه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالأصل في تقوم الصفات هو الغصب وإنما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقق **التراضي** فيه من الجانبين غير أن الشرع أهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما بدله إلى الآخر وفي الكافي

---

(١) شرح فتح القدير، ٥/٥١٥

(١) ".

"يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة على واحد منهما ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم أحكام الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم في المستقبل ولكن يفتى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف يقضى على المسلم وعموم عدم القضاء كما في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد واستشكل قولهما بأن المسلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضا مما يحتاج إلى موجب وأجاب في الكافي بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك في غلإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك والإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وأما أنه لا ينقضي بالغصب لكل م نهما فلأنه صار ملكا للذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو مسلما مستأمنا على ما بينا أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن الفرض أم كلا منهما خرج إلى دار الإسلام وفي غصب المسلم إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ إلا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد إفتاء لا قضاء لترتفع معصية الغدر وفي كلام المصنف إشارة إليه كما ترى وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك أي أدان أحدهما صاحبه أو غصبه ثم خرجا إلينا مستأمنين لما قلنا فإن خرجا مسلمين وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب أما القضاء بالمداينة أي بالدين فلأنها حين وقعت وقعت صحيحة لوقوعها **بالتراضي** والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما بأحكام الإسلام ولا ترجيح لأحدهما على الآخر إذ لم يقض لأحدهما دون الآخر بل سوينا بينهما وعلى قول أبي يوسف لا يحتاج إلى هذه العلاوة إذ يقضى للحربي على المسلم قوله كما ذكرنا آنفا وأما الغصب فإنما لا يقضى به لإتلافه فيما ملكه ولا خبث

---

(٢) ".

"لا يلزمون بها إلا إذا لم يسلموا ولأنه حقيقة الخراج لأنه إذا أطلق الخراج فإنما يتبادر خراج الأرض ولا يطلق على الجزية إلا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي في اللغة الجزاء وإنما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الإذلال عند الإعطاء على ما سيعرف وهي على ضربين جزية توضع **بالتراضي** والصلح عليها فتتقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر وأصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفي حلة في العام على ما في أبي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر

---

(١) شرح فتح القدير، ٩/٦

(٢) شرح فتح القدير، ١٩/٦

والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة هذا وقد قال أبو يوسف في كتاب الخراج وأبو عبيدة في كتاب الأموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهل نجران بعد أن قال على ألفي حلة كل حلة أوقية يعني قيمتها أوقية وقول الولوالجي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لأن الأوقية أربعون درهما والحلة ثوبان إزار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رءوسهم وأراضيهم قال أبو يوسف ألفا حلة على أراضيهم وعلى جزية رءوسهم تقسم على رءوس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل أرض من أراضي نجران وإن كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمي أو تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيهم وأما جزية رؤوسهم فليس على النساء والصبيان يعني أن ما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم أرضه أو لم يبع ثم إذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشران من التغلبي المشتري وقول المصنف على أل ف ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله بني نجران فإن نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم أبي قبيلة فلذا كان الثابت

(١) ".

"خلاف المعتاد من المصنفين في إطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخالط تعديا يضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير لأنه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فإن هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لأنه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فإن لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لأن الحق لهما فإذا رضيا بذلك صح وإن أبى يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما يذكر وهو أن يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لأن الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها إلا بالصفة التي بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب حنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطا فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط مالك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح أنه قولهم جميعا لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق مالم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا **بالتراضي** أو بيعا وقسمة الثمن وإن اتفقا

---

(١) شرح فتح القدير، ٤٤/٦

على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عينا مشتركة فإذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلى كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعه لأن كلا منهما بائع لملكه والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهما باعتبار القيمة وإن كانا جنسين مثلين فالثمن بينهما إذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطا مخلوطا لأن الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا إن لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة فإن كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لأن تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الأول أنه تعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة فإن قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع إلا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الأئمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الأسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فإذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما

". (١)

"التفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها اذا شرطا التفاوت في ملك المشتري فإن اشتركا على أن ما اشتراه كل منهما يكون للآخر ربعه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لأن رأس المال عمل والربح مال وإنما يقال له ربح مجازا وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا إذا كان أحذق في العمل وأهدى وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملا وصححوا الجواز لأن الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم وقوله بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح مالم يضمن وهو لا يجوز إلا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الأجر فإنه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرطا الربح بخلاف

(١) شرح فتح القدير، ١٧٣/٦

الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى أن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله والشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالأجرة ويبرأ الدافع بدفع الأجرة اليه وإن كان إنما عمله الذي تقبله قال المصنف هذا وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع اليه بالأجرة ظاهر فيما إ ذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة وفي غيرها وهو فيما إذا أطلقا الشركة أو قيداها بالعنان استحسان فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة وإذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناه وبهذا علمت أن لا فرق بين إطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في أن المنعقد عنان

". (١)

"فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الأبواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ووقع في آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعني البيع على الوقف ووجهه أن الوقف إذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفي البيع الى مالك فننزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكر ولا يخفي شروعه في المعاملات من زمان فإن ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الأصل فجمعه باعتبار أنواعه فإن البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقابضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الأضداد يقال باعه إذا أخر العين عن ملكه اليه وباعه أي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد **التراضي** اه والذي يظهر أن **التراضي** لا بد منه لغة أيضا فإنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استبدل به **بالتراضي** وأن الأخذ غصبا وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك أن الإنسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الأرض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبره لم يقدر على مثل ذلك وفي الكتان والصوف للبسه وبناء ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من أن تدفعه الحاجة الى أن يشتري

---

(١) شرح فتح القدير، ١٨٨/٦

".(١)

"شيئا ويبتدئ مزاولة شيء فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصبر حتى يموت وفي كل منها مالا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار مالا يقدر عليه كل أحد ويزري بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره وفي المبيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم في الحال أو في ثاني الحال فيدخل السلم وقد قالوا شروطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الإجازة ممن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الد ا ل على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فإن لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل أمارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا كما في بيع المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا قوله البيع ينعقد بالإيجاب والقبول يعني إذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم أسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وإنما قلنا هذا لأنه قال ينعقد بالإيجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع أن البيع ليس الا الايجاب والقبول لأنهما ركناه على ما حققناه آنفا من أن ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر أن المراد ب ا لبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لأنه هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالمتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين أعني الشرطين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فإذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لأي شيء كان والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت هذا بألف والقبول الفعل الثاني وإلا فكل منهما ايجاب أي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول وحيث لم تصح إرادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت أي الحكم فإن الانعقاد إنما هو للفظين لا للملك

".(٢)

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٤٧/٦

(٢) شرح فتح القدير، ٢٤٨/٦

"لفظة نعم تقع ايجابا في قول المستفهم أتبيعني عبدك فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشتريته منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا إذا قال هذا عليك بالالف فقال فعلت ولو قال هو لك بألف إن وافقك أو إن أعجبك أو إن أردت فقال وافقني أو أعجبني أو أردت انعقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن إن أديت ثمنه فقد بعته منك فأدى في المجلس جاز استحسانا

فروع في اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بألف فقال اشتريته بألفين جاز فإن قبل البائع الزيادة ثم بألفين والأصح بألف إذ ليس له ولاية إدخال الزيادة في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعتكه بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان في يد المشتري من أول الأمر فذهب به والباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم بآخرهم كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بألف بعتكه بألفين فقال قبلت الأول بألف لم يجز لأن البائع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق والعتاق فإن قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف يعني بكون البيع بألفين والألف زيادة إن شاء قبلها في المجلس وإن شاء ردها وكذا بألف بمائة دينار إنما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والأول في الزيادات وهو أوجه وإذا قبل ا لزيادة في المجلس لزم المشتري قوله ولهذا ينعقد أي ولأن المعتبر هو المعنى ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونه وقوله هو الصحيح احتراز من قول الكرخي إنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط واراد بالخسيس الأشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على **التراضي** يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الأصل في مواضع اه وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل قال لرجل يعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال يأخذه فلان فإن قال لم آمره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا أن يسلمه المشتري له فإن سلمه وأخذه ا لذي اشتراه له كان بيعا للذي أخذه من المشتري وكأن العهدة عليه أي للآخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال أعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاءه بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعا جاز هذه الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشيء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز ومن صوره اذا جاء المودع بأمة غير المودعة

____

"(١).

____

(١) شرح فتح القدير، ٦/٢٥٢

"ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر وروى البخاري أيضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام البيعان بالخيار مالم يتفرقا ولنا السمع والقياس أما السمع فقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير فقد اباح تعالى أكل المشتري قبل التخيير وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا إلا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعا وقد اعتبـر الشرع في كونه ملزما اختيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالأحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي إلا به شرعا وإنما أباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض وأما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه حيث قال له إذا ابتعت فقل لاخلابة ولي الخيار فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام فإنما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت إلا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل الخيار ولا مخلص إلا بتسليم إمكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بأمر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لأنه مجازه والمتشاغلان يعني المساومين يصدق عند ايجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا حمل ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضا مجاز لأن قبل قبول الآخر الثابـت بائع واحد لا متبايعان لأنا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له الا حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزئه فبالضرورة يصدق مخبرا حال النطق ببعض حروف الخبر وإلا لا يتحقق له حقيقة ولأنا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بأمر البيع متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل إثبات خيار القبول لنفي توهم أنهما اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك اصلا للاتفاق والتراضي السابق في إلزامه بكلام أحدهما بعد قال المصنف رحمه الله تعالى أو هو يحتمله فيحمل عليه جمعا بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تر ا ض بمجرد الايجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على أمر آخر لا يقال إن ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لا خيارهما لأنه ممنوع بل الموجب أيضا له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الأقوال وهو أن يقول الآخر بعد الايجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول وإسناد التفرق الى الناس مرادا به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى ﴿ وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم ﴾

". (١)

"إلا في نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان إقرار لم يملك الرجوع عنه والشيء إذا أجرى مجرى الشيء لا يلزم كونه مجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الإقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للمدعي بها ثم أقام المدعى عليه البينة أنه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته وترد الدار عليه ولو أقام أنه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الإقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الإقرار فيقبل وفي الإيضاح إن رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لأن هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني الفسخ الذي بلا قضاء وقوله وإن قبل يعني المشتري الأول بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده على بائعه هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها أن من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بأحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرده على البائع الأول خلافا لزفر وإن قبله **بالتراضي** ليس له أن يرده عليه لأن الرد **بالتراضي** بيع جديد في حق الثالث والبائع الأول ثالثهما كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشترى الأول من المشترى الثاني لم يكن له أن يرده على الأول فلا خصومة فكذا هذا ولهذا لو كان على المشتري الأول في الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب **بالتراضي** تجدد للشفيع حق الشفعة كأن المشتري الأول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرده إذا قبله بلا قضاء لأن الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد حق ثالث وإن ان فسخا في حقهما فإن قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الإقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث أجيب بأن المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا أن معنى الإقرار الشهادة عليه به ولأنه إذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الأصل وهو أنه فسخ من الأصل مسائل إحداها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الأصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الأصل والثانية ما إذا باع أمته الحبلى وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أبو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من ا لأصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الأب والثالثة ما لو أحال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الأصل بطلت أجيب ببيان المراد وهو أن محمد ذكر في مواضع أن بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب إلى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة إلى رجل قبل الحول فسلمه إليه ثم رجع في هبته بعد الحول فإنه لا يجب على الواهب زكاة

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٥٨/٦

". (١)

"باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا إلى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى من الحول وكذا الرجل إذا وهب دارا لآخر وسلمها إليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ الشفعة وإذا عرف هذا الأصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلأن حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسألة الثانية لأن الأب إنما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسألة الثالثة لأن الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في إبطالها ولأن صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الإسلام قول القائل ال ر د بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض لأن العقد إذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لأن فسخ العقد بدون العقد لا يكون فإذا انعدم العقد من الأصل انعدم الفسخ من الأصل وإذا انعدم الفسخ في الأصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كأن لم يكن على التفسير الذي قلناه وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما إذا كان المبيع من غير النقود أما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها في المحيط من المنتقى أن من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فإنه يرده على بائعه وذلك لمعنى وهو أن المبيعين حينئذ يكونان معدومين لأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فإذا رد على المشتري يرده بخلاف المبيعين في غير النقود كمسئلة الهداية فإنهما موجودان في ذلك إذا قبله بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يرده على ب ا ئعه وإذن ما فيها من الإطلاق المذكور بالنسبة إلى موضوع المسئلة غير محتاج إلى هذا القيد وقوله وفي الجامع الصغير إلى آخره إنما ذكره لأن ظاهره يخالف القدوري فإنه لم يقيد المسألة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدها في الجامع حيث قال وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم فقال إنما قيد به ليعلم أنه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لأنه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالأصبع الزائد والناقصة والسن الشاعبة فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال أنه حدث عند المشتري أولى قال المصنف وفي بعض روايات البيوع أي بيوع الأصل إن كان فيما لا يحدث مثله يرجع يعني على البائع الأول إذا رده **بالتراضي** للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول وقد فعلا بغير قضاء مالو رفع إلى قاض فعله لأن الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا أو في مدة كونه في ملك المشتري الأول إلى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات

---

(١) شرح فتح القدير، ٣٧٦/٦

(١) ".

"أن هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم أنهما فعلا عين ما يفعله القاضي لأن الحكم الأصلي في هذا هوالمطالبة بالسلامة وإنما يصار إلى الرد للعجز فإذا انقلاه إلى الرد لم يصح في حق غيرهما ألا ترى أن الرد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول إلى غيره فافترقا هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد قبضه أما إذا كان قبل قبضه فللمشتري الأول أن يرده على البائع الأول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشتري الأول للمشتري الثاني بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يرده مطلقا وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال في الإيضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وول ا ية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فأما بعد القبض فموجب العقد وقد تناهى إلا أن حقه في صفة السلامة قائم فإذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لأن الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه في صفة السلامة وإنما ظهر أثره في حق الكل لأنه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي ظهر أثره في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لأنه فسخ في حق الكل لأن حقه في الفسخ ثبت أصلا لأنهما يسلبان اللزوم في أصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة على البائع أن العيب كان عنده وعنده ومقتضى هذا التركيب أنه إذا أقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقدر ظهير ال دين للثاني خبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لأن معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل إذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينكل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع إحدى صورتي التحليف كما يثبت مع إقامة البينة وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان أعنى الحلف وإقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم

---

(٢) ".

"مرة مسقط له فصار جنس هذه المسائل أن كل تصرف من المشتري يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والأرش فمن ذلك العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والدهن والكتابة والإستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فإنه لا يسقط إلا بالمرة الثانية لأن الأولى للإختيار الذي لأجله شرع الخيار فلم

---

(١) شرح فتح القدير، ٣٧٧/٦

(٢) شرح فتح القدير، ٣٧٨/٦

تكن الأولى دليل الرضا أما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري إلى رأس ماله إذا عجز عن وصول الجزء الفائت إليه فبالمرة الأولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالإتفاق إنما الخلاف فيما إذا أخر الرد مع القدرة عليه **بالتراضي** أو بالخصومة بأن كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد منه وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لأنه لو ركبها ليسقيها أو يردها على بائعها أو يشتري لها علفا فليس برضا وله الرد بعد ذلك أم ا الركوب للرد فإنه سبب الرد فإنه لو لم يركبها احتاج إلى سوقها فربما لا تنقاد أو تتلف مالا في الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك إلا الركوب والجواب في السقي وشراء العلف محمول على حاجته إلى ذلك فيهما لأنها قد تكون صعبة ففي قودها ليسقيها أو يحمل عليها علفها ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا عن المشي أو لكون العلف في عدل واحد فلا يتمكن من حملها عليها إلا إذا كان راكبا وتقييده بعدل واحد لأنه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضيخان وغيره ولا يخفى أن الإحتمالات التي ذكرنا في ركوبها للسقي أنها لا تمنع الرد معها تجري فيما إذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي أن يطلق امتناع الرد إذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشتري لأردها عليك فالقول قول المشتري فأما لو قال البائع ركبتها للسقي بلا حاجة لأنها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسم ع قول المشتري لأن الظاهر أن المسوغ للركوب بلا إبطال حق الرد خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون في تخيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا ركبها أو لم يركبها

فرع وجد بالدابة عيبا في السفر وهو يخاف على حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور

". (١)

"& فصل فيما يكره

لما كان دون الفاسد أخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساع العقد وإلا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الإثم ومقتضى النظر عندي أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والإضرار فاسدا وتلقى الجلب إذا لبس باطلا أو يثبت له الخيار وهذا لأن النهي مطلقه للتحريم إلا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه فإن في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشاء ما جيء به في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام للمسلمين واهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك أو منعقدا ويثبت له خيار الفسخ كقول ال شافعي وكون الوصف مجاورا أو لازما لا ينفي ما ذكرنا إذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهي

---

(١) شرح فتح القدير، ٣٩١/٦

عنه ويملك البدل منه بالقبض وتأخر الملك إلى القبض ليس إلا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير انه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال **بالتراضي** ثابتا جعلته فاسدا قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعد ما بلغت قيمتها فإنه تغرير للمسلم ظلما فأما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذا كان شراء الغير بالقيمة قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا في الصحيحين

---

(١) ".

"المشتري اقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركت وجه قول محمد أن اللفظ أي لفظ الإقالة وضع للفسخ والرفع بدليل الاستعمال فإنه يقال أقلني عثرتي بمعنى اسقط أثرها باعتبارها عدما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ إذ حقيقته رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود فيوفر عليه قضيته وإذا تعذر الفسخ يحمل على محتمله وهو البيع ولأبي يوسف انه مبادلة المال بالمال **بالتراضي** وهذا هو حد البيع وخصوص اللفظ لاعبرة به غاية الأمر انه لم يسم فيه الثمن لأنه معلوم كما في التولية وأخذ الدار بالشفعة ولهذا تبطل الإقالة بهلاك المبيع بعد الإقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري وهذه أحكام البيع فإذا ترتبت على شيء كان بيعا غير أنه إذا تعذر جعله بيعا كما إذا وقعت في منقول قبل قبضه صرنا إلى مجازه بجعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن وكونه لا يبتدأ عقد البيع بإنش ا ئه به ممنوع على قول بعض المشايخ فإنه قال يجوز أن يعقد البيع ابتداء بلفظ الإقالة وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع

وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبيء عن الرفع على ما قلنا لمحمد رحمه الله والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة إلى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته إذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الإقالة بيعا لذلك فإن قيل فتكون بيعا لثبوت حقيقته معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال

---

(٢) ".

"**بالتراضي** لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا إنما نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك أي بأنه وضع بهذا الأعتبار وإلا رجع إلى مجرد الاصطلاح على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا أو بقيد أن لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الألفاظ

---

(١) شرح فتح القدير، ٤٧٦/٦

(٢) شرح فتح القدير، ٤٨٨/٦

بقي أمر آخر هو أنها لم لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لأنه أي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي ضد أي ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لأن الاستعمال في الضد إنما يكون لتهكم أو تمليح وليس ذلك في الفقه أو يكون لمشاكلته للفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة سيئة وليس هنا ذلك فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث ليس باعتبار جعلنا أياه مجازا عنه ولكن لأمر ضروري وهو أنه لما ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك ببدل ظهر في حق غيرهما إذ لا ولايه لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما ولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فإذا فرض ثبوت ذلك في عودها إلى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده قوله إذا ثبت هـ ذ ا أي هذا الخلاف في هذا الأصل فنقول تفريعا عليه إذا شرطا في الإقالة الأكثر كأن تقايلا على مائة والبيع بخمسين فالإقالة على الثمن الأول عن أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة

". (١)

"من إبطال حقه الثابت قبلها فإن بمجرد العقد الأول تعلق حقه باخذها بما وقع عليه التراضي الأول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه فلا ينقذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال ثم الزيادة إلى آخره يعني أن شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بأن مات العبد أو الدابة أو حكما بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو آجر أو رهن ثم باعه من المستاجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشتري الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد إذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب احق بها إذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا تصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا إذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فأخذ المشتري أرشه حيث تثبت في كل هذه وإنما لم تثبت اولا في الحال ثم يستند وثبوته متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالإجازة إذا كان المبيع هالكا وقتها قوله على ظاهر الرواية احتراز عما روى الحسن في غير رواية الأصول عن أبي حنيفة أن الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه وفي المبسوط وكذا إذا كانت الزيادة من الأجنبي وضمنها لأنه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئا بمقابلته كما لو خالع امرأته مع أجنبي أو صالح مع الأجنبي من الدين على مال وضمنه صح وإن لم يملك الأجنبي شيئا بمقابلته هذا في زيادة الثمن فأما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن بخل ا ف الحط فإنه يصح بعد هلاك المبيع لأن المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط البدل أي الثمن عما يقابله وحاصله إخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمنا فإنما يشترط فيه قيام الثمن

(١) شرح فتح القدير، ٤٨٩/٦

دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملتحقا باصل العقد إلا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فإنه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فإسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح قوله ومن باع بثمن حال ثم اجله أجلا معلوما صار مؤجلا وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتأجيل وهو قول زفر لأنه بعد أن كان حالا ليس إلا وعدا بالتأخير قلنا الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الأجل بالتأجيل فإنه يقول لا شك أن له أن يؤخر إنما

". (١)

"ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل أن قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاما وحاصله مبني على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وأن قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل إنه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أي فرق إلى آخره يفيد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع وإن كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله والمراد بالموزونات أي التي يجوز السلم فيها غير الدراهم والدنانير أما الدراهم والدنانير فإن أسلم فيها دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل وإن أسلم غيرها من العروض ككر حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لأن المسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها وإذا لم يصح فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن مؤجل أو يبطل رأسا حكى المصنف فيه خلافا قيل يبطل وهو قول عيسى بن أبان وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل ولا يبطل وهو قول أبي بكر الأعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن أبان أصح لأن تصحيح العقد إنما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه إلا في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله إلا أن الأول عندي أدخل في الفقه لأن حاصل المعنى الصادر بينهما إعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من إفراد البيع بلا تأويل إذ هو مبادلة المال بالمال **بالتراضي** وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وإدخال الباء على الثوب كإدخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما إذااشترى خمرا بثوب فإنه لا يبطل بل يفسد وإن كان يقتضي أن المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبارا لتحصيل غرضهما ما أمكن

---

(١) شرح فتح القدير، ٥٢٢/٦

". (١)

"ليس قيدا في العقد بها وإلا لم يكن قضاؤها أصلا إذ لا وجود للمطلق بقيد الإطلاق وعلى ذلك مشوا وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى عقد آخر اقتضاه ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في أعتق عبدك عنى بألف إنه يقع عن الأمر إذا أعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه وهذا إذا كان الدين سابقا على بيع الدينار فإن كان لاحقا قبل الافتراق والمسئلة بحالها بأن عقدا على الدينار بعشرة ثم باع مشتري الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنها ففي رواية لا يصح والأصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والإضافة إلى الدين بعد تحققه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى **التراضي** لأنه قد وجد منه القبض قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة ب د رهمي غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال لا للزيافة بل لأنها دراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وثمن وأقل وبيت المال لا يأخذ إلا الغالي وإنما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لأن الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة قوله وإذا كان الغالب الخ الدراهم والدنانير إما أن يكون الغالب عليها

". (٢)

"أو نقلها إلى بيته فإن إمساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية وبني في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا بينة له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرده أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك ا لخصومة لم يكن لها أن تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو **التراضي** وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا قوله ومن أقر هنا مسائل الإقرار بالقبض

---

(١) شرح فتح القدير، ٧٢/٧

(٢) شرح فتح القدير، ١٥١/٧

ومسائل الإقرار بالدين أما مسائل القبض ما إذا أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض يعني أقر

". (١)

"فكذلك كما في الهندية، وقيد بالبالغة لانها لو كانت صغيرة لا يكون الولي شاهدا لان العقد لا يمكن نقله إليها.

بحر، وبالعاقلة لان المجنونة كالصغيرة.

أفاده ط.

قوله: (لانها تجعل عاقدة) لانتقال عبارة الوكيل إليها، وهي في المجلس فكانت مباشرة ضرورة، ولانه لا يمكن جعلها شاهدة على نفسها.

قوله: (وإلا لا) أي لم تكن حاضرة لا يكون العقد نافذا بل موقوفا على إجازتها كما في الحموي، لانه لا يكون أدنى حالا من الفضولي، وعقد الفضولي ليس بباطل.

ط عن أبي السعود.

قوله: (جعل مباشرا) لانه إذا كان في المجلس تنتقل العبارة إليه كما قدمناه.

قوله: (ثم إنما تقبل شهادة المأمور) يعني عند التجاحد وإرادة الاظهار، أما من حيث الانعقاد الذي الكلام فيه فهي مقبولة مطلقا كما لا يخفى، وأشار إلى أنه يجوز له أن يشهد إذا تولى العقد ومات الزوج وأنكرت ورثته كما حكي عن الصفار.

قال: وينبغي أن يذكر العقد لا غ ير فيقول هذه منكوحته، وكذلك قالوا في الاخوين إذا زوجا أختهما ثم أرادا أن يشهدا على النكاح ينبغي أن يقولا هذه منكوحته.

بحر عن الذخيرة.

قوله: (لئلا يشهد على فعل نفسه) يرد عليه شهادة نحو القباني والقاسم، لانه يقبل مع بيانه أنه فعله.

شرنبلالية.

أقول: لا يخفى أن العقد إنما لزم بفعل العاقد فشهادته على فعل نفسه شهادة على أنه هو الذي ألزم موجبات العقد فتلغو، بخلاف القباني والقاسم فإن فعلهما غير ملزم.

أما القباني فظاهر، وأما القاسم فلما في شهادات البزازية من أن وجه القبول أن الملك لا يثبت بالقسمة بل **بالتراضي** أو باستعمال القرعة ثم **التراضي** عليه ا هـ، فافهم.

قوله: (ولو زوج المولى عبده) أي وأمته كما في الفتح، وقوله بحضرته أي العبد، وقوله وواحد بالجر عطفا على هذا

---

(١) شرح فتح القدير، ٣٣٠/٧

الضمير، وقوله: لم يجز على الظاهر ذكره في النهر، ونقله السيد أبو السعود عن الدراية فيما لو زوج أمه، ولا فرق بين ه ما وبين العبد.

وذكر في البحر أنه رجحه في الفتح بأن مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما في التزوج مطلقا، وإلا لصح في مسألة وكيله: أي فيما لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر فإنه لا

يصح قوله: (صح) وقيل: لا يصح لانتقاله إلى السيد لان العبد وكيل عنه.

قال الفتح: الاصح الجواز بناء على منع كونهما: أي العبد والامة وكيلين، لان الاذن فك الحجر عنهما، فيتصرفان بعده وبأهليتهما لا بطريق النيابة.

قوله: (والفرق لا يخفى) هو ما ذكرناه عن الفتح من أن مباشرة السيد العقد ليس فكا للحجر عن العبد في التزوج، فلا ينتقل العقد إليه، بل يبقى السيد هو العاقد ولا يصلح شاهدا، بخلاف إذنه له به فإن العبد ممنوع عن النكاح لحق السيد لا لعدم أهليته، فبالاذن يصير أصيلا لا نائبا فلا ينتقل العقد إلى السيد ويصلح شاهدا فيصح بحضرته.

قوله: (ما لم يقل الموجب بعده) أي بعد قول الآخر.

زوجت أو نعم، لان قول الآخر ذلك يكون إيجابا فيحتاج إلى قول الاول قبلت، وسماه موجبا نظرا إلى الصورة.

قوله: (لان زوجتني استخبار)." (١)

"زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها في المال والحسب وعدمها ا هـ: أي وكذا في بقية الصفات، فإن الشاب والملتقى مثلا يزوج بأرخص من الشيخ والفاسق كما في البحر والنهر.

قوله: (ومهر الامة الخ) قدمنا الكلام عليه أول الباب.

قال ح: دخل في إطلاقه ما إذا كان لها قوم أب، كما إذا تزوج حر أمة رجل ولم يشترط الحرية فبنته أمة، وإن كانت من قوم أبيها لكن خالفتهم في الحرية لم تحصل المماثلة.

قوله: (أي في ثبوت مهر المثل) أشار إلى أن ضمير فيه عائد إلى مهر المثل بتقدير مضاف وهو ثبوت.

قوله: لما ذكر علة لثبوت مهر المثل، والمراد بما ذكر المماثلة سنا

وما عطف عليه، وأشار به إلى أنه لا بد من الشهادة على الامرين: المماثلة بينهما، وأن مهر الاولى كان كذا ح.

وفي بعض النسخ: بما ذكر، فالباء للسببية: أي لثبوته بسبب ما ذكر من المماثلة في الاوصاف.

قوله: (شهود عدول) أشار إلى اشتراط العدالة مع العدد، ل ا ن المقصود إثبات المال والشرط فيه ذلك.

قوله: (فالقول للزوج) لانه منكر للزيادة التي تدعيها المرأة.

قوله: (وما في المحيط الخ) جواب عما ذكره في البحر من المخالفة بين ما في الخلاصة والمنتقى، وهو ما مر من اشتراط الشهادة المذكورة، وبين ما في المحيط حيث قال: فإن فرض القاضي أو الزوج بعد العقد جاز، لانه يجري ذلك مجرى التقدير، لما وجب بالعقد من مهر المثل زاد أو نقص، لان الزيادة على الواجب صحيحة والحط عنه جائز ا هـ.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢٧/٣

ووجه المخالفة أن ظاهر ما مر أنه لا يصح القضاء بمهر المثل بدون الشهادة أو الاقرار من الزوج.

وأجاب في النهر بأن ما في المحيط ينبغي أن يحمل على ما إذا رضيا بذلك، وإلا فالزيادة على مهر المثل عند إبائه والنقص عنه عند إبائها لا يجوز ا هـ.

أقول: قدمنا عن البدائع عند قول المصنف: وما فرض بعد العقد أو زيد لا ينصف أن مهر المثل يجب بنفس العقد، بدليل أنها لو طلبت الفرض من الزوج يلزمه، ولو امتنع يجبره القاضي عليه، ولو لم يفعل ناب منابه في الفرض ا هـ.

فهذا صريح في أن المراد فرض مهر المثل وإن فرض القاضي عند عدم **التراضي**، فلا يصح حمل ما في المحيط على ما ذكره في النهر.

وأما قول المحيط: زاد أو نقص الخ، فينبغي حمله على صورة فرض الزوج إذا رضيت بها.

وبيان ذلك على وجه تندفع به المخالفة أنك قد علمت أن مهر المثل إنما يجب بالنظر إلى من يساويها من قوم أبيها، وقد علمت أيضا أنه لا يثبت إلا بشاهدين، فإذا تزوجت بلا مهر وطلبت من الزوج أن يفرض لها مهر مثلها فامتنع ورافعته إلى القاضي وأتت بشاهدين شهدا بأن فلانة من قوم أبيها تساويها في الصفات المذكورة وأنها تزوجت بكذا يحكم لها القاضي بمثل مهر فلانة المذكورة بلا زيادة ولا نقص، وإنما يمكن الزيادة والنقص عند فرض الزوج **بالتراضي** كما قلنا

وإذا كان فرض القاضي مبنيا على ما قلنا من الشهادة المذكورة تندفع الم خالفة التي ادعاها في

البحر، لانه لا مسوغ لحمل ما في المحيط، على أن القاضي يفرض لها مهرا برأيه ويلزم أحدهما بالزيادة أو النقص بلا رضاه مع إمكان المصير إلى الواجب لها شرعا عند وجود من يساويها في الصفات من قوم أبيها، وإن كان المراد حمل كلام المحيط على حكم القاضي عند عدم وجود من يساويها من." (١)

"قوم أبيها ومن الاجانب فلا يخالف ما في الخلاصة والمنتقى أيضا، لان كلامهما في مهر المثل وهو لا يكون إلا عند وجود المماثل، فيتوقف ثبوته على الشهادة أو الاقرار.

أما عند عدم المماثل يكون تقديريا لمهر المثل جاريا مجراه لا عينه، فينظر فيه القاضي نظر تأمل واجتهاد، فيحكم به بدون شهود وإقرار من الزوج، فموضوع الكلامين مختلف كما لا يخفى.

وعلى هذا لا يتأتى أيضا فيه زيادة أو نقصان، إذ لا يمكن ذلك إلا عند وجود المماثل، ولكن حمل كلام المحيط على ما ذكر ينافيه ما قدمناه عن البدائع من أن المراد حكم بمهر المثل، وكذا ما نذكره قريبا عن الصيرفية من أنه عدم المماثل لا يعطي لها شئ، ولا يمكن حمله على حالة **التراضي**، لما علمت من كلام البدائع، ولانه عند وجود **التراضي** يستغنى عن الترافع إلى القاضي وعند عدم وجود الشاهدين، فالقول للزوج بيمينه كما مر ويأتي، فيحكم لها القاضي بما يحلف عليه، فاغتنم هذا التحرير والله الموفق.

قوله: (فإن لم يوجد) أي من يماثلها في الاوصاف المذكورة كلها أو بعضها.

بحر.

---

(١) حاشية رد المحتار، ١٥٢/٣

ومقتضاه الاكتفاء ببعض هذه الاوصاف، وبه صرح في الاختيار بقوله: فإن لم يوجد ذلك كله فالذي يوجد منه لانه يتعذر اجتماع هذه الاوصاف في امرأتين، فيعتبر بالموجود منها لانها مثلها ا هـ.
ومثله في شرح المجمع لابن ملك وغرر الاذكار، وهو موجود في بعض نسخ الملتقى.
قلت: لكن يشكل عليه اتفاق المتون على ذكر معظم هذه الاوصاف، وتصريح الهداية بأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر ا هـ.
إذ لا شك أن الرغبة في البكر الشابة الجميلة الغنية أكثر من الثيب العجوز الشوهاء الفقيرة، وإن تساوتا في العقل والدين والعلم والادب وغيرها من الاوصاف، فكيف يقدر مهر إحداهما بمهر الاخرى مع هذا التفاوت؟ وقولهم: لانه يتعذر اجتماع هذه الاوصاف في امرأتين، مسلم لو التزمنا اعتبارها في قوم الاب فقط.
أما عند اعتبارها من الاجانب أيضا فلا، على أنه لو فرض عدم الوجود يكون القول للزوج كما ذكره المصنف بعد، وإن امتنع يرفع الامر للقاضي ليقدر لها مهرا على ما مر، لكن في البحر عن الصيرفية: مات في غربة وخلف زوجتين غريبتين تدعيان المهر ولا بينة لهما وليس لهما أخوات في الغربة، قال: يحكم بجمالهما بكم ينكح مثلهما؟ قيل له: يختلف بالبلدان، قال: إن وجد في بلدهما يسأل، وإلا فلا يعطى لهما شئ ا هـ: أي لعدم إمكان الحلف بعد الموت، لكن فيه أن ورثة الزوج تقوم مقامه، فتأمل.
تنبيه: جرى العرف في كثير من قرى دمشق بتقدير المهر بمقدار معين لجميع نساء أهل القرية بلا تفاوت، فينبغي أن يكون ذلك عند السكوت عنه بمنزلة المذكور المسمى وقت العقد، لان المعروف مطلب في ضمان الولي المهر كالمشروط، وحينئذ فلا يسأل عن مهر المثل، والله أعلم قوله: (وصح ضمان الولي مهرها) أي سواء كان ولي الزوج أو الزوجة صغيرين كانا أو." (١)

"يسعى أولا في ثلثي قيمته لتلخيص رقبته من الرق ويصير المهر في رقبته يؤديه بعد عتقه كدين الاحرار لا بطريق السعاية، فإن وجد معه جملة أخذ منه وإلا عومل معاملة المديون المعسر، ولما كان فهم ذلك من عبارة القنية فيه خفاء عزا ذلك إليها وإلى النهر، فافهم.
قوله: (إن تجددت) يعني إن لزمه نفقة فبيع فيها فلم يف ثمنه بما عليه من النفقة بقي الفضل في ذمته فيطالب به بعد العتق ولا يتعلق برقبته فلا يباع فيه عند السيد الثاني، ثم إن تجمعت عليه نفقة عند السيد الثاني بيع فيها ويفعل بالفضل كما مرح.
ووجهه ما في البحر عن المبسوط أن النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان وذلك في حكم دين حادث ا هـ: أي إن ما تجدد وجوبه عند السيد الثاني في حكم دين حادث فيباع فيه، بخلاف ما تجمد عليه وبيع فيه أولا، فإنصه لا يباع فيه ثانيا لاستيفاء باقيه لانه في حكم دين واحد، خلافا لما في نفقات صدر الشريعة حيث يفهم م نه أنه يباع في الباقي أيضا كما سيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

---

(١) حاشية رد المحتار، ١٥٣/٣

ثم الظاهر أن هذا مفروض فيما إذا كانت النفقة مفروضة **بالتراضي** أو بقضاء القاضي لانها بدون ذلك تسقط بمضي المدة كما ذكروه في النفقات.

ثم رأيت في نفقات البحر صور المسألة بما إذا فرض القاضي لها نفقة شهر مثلا وعجز عن أدائها باعه القاضي إن لم يفده المولى.

وأفاد أنه إنما يباع فيما يعجز عن أدائه لا لنفقة كل يوم مثلا للاضرار بالمولى، ولا لاجتماع قدر قيمته للاضرار بها.

وينبغي أن لا يصح فرضه لتراضيهما لحجر العبد عن التصرف ولاتهمامه بقصد الزيادة لاضرار المولى، ولذا فرض المسألة في البحر فيما إذا فرضها القاضي.

تأمل.

قوله: (وفي المهر مرة) فيه أنه لو لزمه مهر آخر عند السيد الثاني كما إذا طلقها ثم تزوجها بيع ثانيا، فلا فرق بين المهر والنفقة إلا باعتبار أن النفقة تتجدد عند السيد الثاني ولا بد، بخلاف المهر.

ح عن شيخه السيد.

وأجاب ط بأن النفقة التي حدثت عند الثاني سببها متحقق عند الاول فتكرر بيعه في شئ واحد، بخلاف بيعه فمهر ثان عند الثاني، فإن هذا

مسبب عن عقد مستقل حتى توقف على إذنه ا ه.

قلت: وحاصله أن النفقة المتجددة عند الثاني وإن كانت في حكم دين حادث ولذا بيع فيها ثانيا إلا أنها لما كان سببها متحدا وهو العقد الاول لم تكن دينا حادثا من كل وجه، أما المهر الثاني فهو دين حادث من كل وجه لوجوبه بسبب جديد، وأنت خبيبأن هذا جواب إقناعي.

ثم اعلم أن دين المهر والنفقة عيب في العبد، فللمشتر الخيار إن لم يرض به.

تنبيه: قال في البحر: علل في المعراج لعدم تكرار بيعه في المهر بأنه بيع في جميع المهر، فيفيد أنه لو بيع في مهرها المعجل ثم حل الاجل يباع مرة أخرى لانه إنما بيع في بعضه ا ه.

أقول: فيه نظر لانه مخالف لما نقله قبله في المبسوط من أنه ليس شئ من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة، لانه يتجدد وجوبها بمضي الزمان الخ.

ولا يخفى أن المهر المؤجل كان واجبا قبل حلول الاجل، وإنما تأخرت المطالبة إلى حلوله، فلم يتجدد الوجوب عند المشتري حتى يباع ثانيا عنده، ولانه يلزم أنه لو كان المهر ألفا مثلا وقيمة العبد مائة فبيع بمائة ثانيا وثالثا وهكذا، لانه في كل مرة لم يبع في كل المهر وهو خلاف ما صرحوا به، ومراد المعراج بقوله: بيع." (١)

"والمجاز بلفظ واحد، ومن أن أسماء العدد لا يتجوز بشئ منها في الآخر نص عليه كثير من المحققين، لانها بمنزلة الاعلام على مسمياتها اه.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣/١٨٠

وأجاب الرحمتي بأن حمله وفصاله مبتدآن، وثلاثون خبر عن أحدهما: أي الثاني وحذف خبر الآخر، فأحد الخبرين مستعمل في حقيقته والآخر في مجازه فلا جمع في لفظ واحد.

وعن الثاني بأنه

أطلق أشهر في قوله تعالى: * (الحج أشهر معلومات) * (سورة البقرة: الآية ٧٩١).

على شهرين وبعض الثالث اه.

قلت: وفيه أن الشهر ليس من أسماء العدد، فالمناسب الجواب بما قاله الجمهور من أن عشرة إلا اثنين أريد به ثمانية كما أشار إليه في الفتح، لكن هذا خاص بالاستثناء والكلام ليس فيه.

قوله: (كما أفاده في رسم المفتي) المفيد لذلك الامام قاضيخان في فضل رسم المفتي من أول فتاواه بطريق الاشارة لا بصريح العبارة.

قوله: (لكن الخ) استدراك على قوله: الواجب على المقلد الخ فإنه يفيد وجوب ا تباعه سواء وافقه صاحباه أو خالفاه، وهو قول عبد الله بن المبارك.

قوله: (قيل يخير المفتي) أي وقيل لا يخير مطلقا كما علمت، فهذا قول ثان.

قال في السراجية: والاول أصح إن لم يكن المفتي مجتهدا، ومفاده اختيار القول الثاني: أي التخيير إن كان مجتهدا، ولا يخفى أن تخيير المجتهد إنما هو في النظر في الدليل، وهذا معنى قول الحاوي: والاصح أن العبرة لقوة الدليل، لان قوة الدليل لا تظهر لغير المجتهد في المذهب.

تأمل.

وتمام تحرير هذه المسألة في شرح أرجوزتي في رسم المفتي.

قوله: (والاصح أن العبرة لقوة الدليل) قال في البحر: ولا يخفى قوة دليلهما، فإن قوله تعالى: * (والوالدات يرضعن) * (سورة البقرة: الآية ٣٣٢) يدل على أنه لا رضاع بعد التمام وأما قوله تعالى: * (فإن أرادا فصالا عن تراض منهما) * (سورة البقرة: الآية ٣٣٢) فإنما هو قبل الحولين بدليل تقييده **بالتراضي** والتشاور، وبعدهما لا يحتاج إليهما، وأما الاستدلال صاحب الهداية للامام بقوله تعالى: * (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) * (سورة الاحقاف: الآية ٥١) بناء على أن المدة لكل منهما كما مر، فقد رجع إلى الحق في باب ثبوت النسب من أن الثلاثين لهما للحمل ستة أشهر والعامان للفصال اه.

قوله: (أما لزوم أجر الرضاع الخ) وكذا وجوب الارضاع على الام ديانة.

نهر.

عن المجتبى.

قوله: (في المدة فقط) أما بعدها فإنه لا يوجب التحريم.

بحر.

قوله: (فما في الزيلعي) أي من قوله: وذكر الخصاف أنه إن فطم قبل مضي المدة واستغنى بالطعام لم يكن رضاعا، وإن لم يستغن تثبت به الحرمة، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى.

قوله: (لان الفتوى الخ) ولان الاكثرين على الاول كما في النهر.

قوله: (ولم يبح الارضاع بعد مدته) اقتصر عليه الزيلعي، وهو الصحيح كما في شرح المنظومة.

بحر.

لكن في القهستاني عن المحيط: لو

استغنى في حولين حل الارضاع بـعدهما إلى نصف، ولا تأثم عند العامة خلافا لخلف بن ايوب اه.

ونقل أيضا قبله عنه إجارة القاعدي أنه واجب إلى الاستغناء، ومستحب إلى حولين، وجائز إلى حولين ونصف اه.." (١)

"بين الرطاب والزرع والكرم والنخل المتصل وغيره فيقسم الجميع على حسب ما تطيق الارض من: النصف، أو الثلث، أو الربع، أو الخمس، وقد تقرر أن خراج المقاسمة كالعشر لتعلقه

بالخارج، ولذا يتكرر بتكرر الخارج في السنة وإنما بفارقه في المصرف، فكل شئ يؤخذ منه العشر أو نصفه يؤخذ منه خراج المقاسمة، وتجري الاحكام التي قررت في العشر وفاقا وخلافا، فإذا علمت ذلك علمت ما يزرع في بلادنا وما يغرس، فإذا غرس رجل في أرضه زيتونا أو كرما أو أشجارا يقسم الخارج كالزرع ولا شئ عليه قبل أن يطعم، بخلاف ما إذا غرس في الموظف، ولو أخذها مقاطعة على دراهم معينة **بالتراضي** ينبغي الجواز، وكذا لو وقع على عداد الاشحار، لان التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شئ كان، ولان تقدير خراج المقاسمة مفوض لرأي الامام، وكل من الانواع الثلاثة يفعل في بلادنا، فبعض الارض تقسم ثمار أشجارها، ويأخذ مأذون السلطان منها ثلثا أو ربعا ونحوه، وبعضها يقطع عليه دراهم معينة، وبعضها بعد أشجارها، ويأخذ على كل شجرة قدرا معينا، وكل ذلك جائز عند الطاقة والرتاضي على أخذ شئ في مقابله خراج المقاسمة لمن يستحقه، ولا شك أن أراضي بلادنا خراجية، وخراجها مقاسمة، كما هو مشاهد، وتقديره مفوض إلى رأي الامام اه.

ويأتي تمام الكلام.

قلت: لكن مر أن المأخوذ الآن من أراضي مصر والشام: أجرة لا عشر ولاخراج، والمراد الاراضي التي صارت لبيت المال لا المملوكة أو الموقوفة كما قدمناه، لكن هذه الاجرة بدل الخراج كما مر ويأتي.

قوله: (يتعلق بالتمكن من الانتفاع) بيان لكونه واجبا في الذمة: أي أنه يجب في ذمته بمجرد تمكنه من الانتفاع بالارض لا بعين الخارج حتى لو تمكن من الزراعة وعطلها وجب، بخلاف ما لم يتمكن كما سيذكره المصنف.

قوله: (كما وضع الخ) تمثيل لخراج الوظيفة.

قوله: (على السواد) أي قرى العراق.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢٣١/٣

قوله: (بذراع كسرى) احترز عن ذراع العام وهو ست قبضات.

فتح.

والقبضة أربع أصابع.

قوله: (بالفدان) بالتثقيل آلة الحرث، ويطلق على الثورين يحرث عليهما في قران، وجمعه فدادين، وقد يخفف فيجمع على أفدنة وفدن.

مصباح.

والمراد هنا الارض، وهو في عرف الشام نوعان: روماني، وخطاطي، ومساحة كل معروفة عند الفلاحين.

قوله: (وعلى الاول المعول بحر) وأصله في الفتح وقال: إن الثاني يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلدان، ومقتضاه أن يتحد الواجب مع اختلاف المقادير، فإنه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع

وعرف أخرى فيبين خمسون ذراعا.

قوله: (يبلغه الماء) صفة لجريب، قيد به لما يأتي من أنه لا خراج إن غلب الماء على أرضه أو انقطع، وبه علم أن المراد الماء الذي تصير به الارض صالحة للزراعة، فصار كقول الكنز جريب صلح للزراعة.

قوله: (صاعا) مفعول وضع وهو القفيز الهاشمي الذي ورد عن عمر رضي الله تعالى عنه، كما في الهداية وغيره، وهو ثمانية أرطال أربعة أمناء، وهو صاع رسول الله (ص)، وينسب إلى الحجاج فيقال صاع حجاجي، لان الحجاج أخرجه بعد ما فقد، كما في ط عن الشلبي.

قوله: (من بر أو شعير أي فهو بخير في إعطاء الصاع من الشعير أو البر، كما." (١)

"قوله: (يقال بعتك الشئ) مثال للمعتدي بنفسه وترك مثال التعدي بمن.

قوله: (وباع عليه القاضي)

أفاد أنه يتعدى بعلى أيضا في مقام الاجبار والالزام.

قوله: (مبادلة شئ) مصدر مضاف إلى مفعوله الاول والفاعل محذوف، والاصل أن يتبادل المتبايعان شيئا مرغوبا فيه بمثله، فشيئا مفعول أول وبمثله مفعول ثان بواسطة الحرف، فافهم.

قوله: (مرغوب فيه) أي ما من شأنه أن ترغب إليه النفس وهو المال، ولذا احترز به الشارح عن التراب والميتة والدم فإنها ليست بمال، فرجع إلى قول الكنز والملتقى: مبادلة المال بالمال، ولذا فسر الشارح كلام الملتقى في شرحه بقوله: أي تمليك شئ مرغوب فيه بشئ مرغوب فيه، فقد تساوى التعريفان فافهم، نعم زاد في الكنز **بالتراضي**.

مطلب في بيع المكره والموقوف وأورد عليه أنه يخرج بيع المكره مع أنه منعقد، وأجاب في شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ، ومن تركه أراد الاعم، و اعترضه في البحر بأن بيع المكره فاسد موقوف لا موقوف فقط كبيع الفضولي كما يفهم من كلام شارح النقاية.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣٦٧/٤

قلت: لكن قدمنا أن الموقوف من قسم الصحيح، ومقتضاه أن بيع المكره كذلك، لكن صرحوا في كتاب الاكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد، فهو صريح في أنه فاسد وإن خالف بقية العقود الفاسدة في أربعة صور سيذكرها المصنف هناك، وأفاد في المنار وشرحه أنه ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذي هو شرط النفاذ، وأنه بالاجازة يصح ويزول الفساد، وبه علم أن الموقوف على الاجازة صحته، فصح كونه فاسدا موقوفا، وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره، ومنه صحيح كبيع عبد أو صبي محجورين.

وأمثلته كثيرة ستأتي في باب بيع الفضولي.

والحاصل أن الموقوف مطلقا بيع حقيقة، والفاسد بيع أيضا وإن توقف حكمه، وهو الملك على القبض، فلا يناسب ذكر **التراضي** في التعريف، ولذا قال في الفتح: إن **التراضي** ليس جزء مفهوم البيع الشرعي ، بل شرط ثبوت حكمه شرعا ا هـ: أي لانه لو كان جزء مفهومه شرعا لزم أن يكون بيع المكره باطلا وليس كذلك، بل هو فاسد كما علمت، وأنت خبير بأن التعريف شامل للفاسد بسائر أنواعه كما ذكره في النهر لانه بيع حقيقة، وإن توقف حكمه على القبض، فالتقييد **بالتراضي** لاخراج بعض الفاسد وهو بيع المكره غير مرضي، لانه إذا كان المراد تعريف مطلق البيع

يكون غير جامع لخروج هذا منه، وإن أريد تعريف البيع الصحيح فليس بمانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه.

ثم اعلم أن الخمر مال كما قدمناه عن الكشف والتلويح وإن كان غير متقوم مع أن بيعه باطل في حق المسلم، بخلاف البيع به فإنه فاسد، ومر الفرق، وأما ما في البحر عن المحيط من أنه غير مال فالظاهر أنه أراد بالمال المتقوم توفيقا بين كلامهم، وحينئذ فيرد على تعريف المصنف كالكنز، فافهم.

ويرد على تعريف المصنف فقط الاجارة والنكاح.

قال ط: فإن فيهما مبادلة مال مرغوب فيه بمرغوب فيه، ولا يخرجان بقوله على وجه مخصو ص، لان المراد به الايجاب والقبول والتعاطي اه.." (١)

"وإلا قاتل صاحبه عليه، ولا يتم مع ذلك بقاء العالم.

قوله: (مباح) هو ما خلا عن أوصاف ما بعده.

قوله (مكروه) كالبيع بعد النداء في الجمعة.

قوله: (حرام) كبيع خمر لمن يشربها.

قوله: (واجب) كبيع شئ لمن يضطر إليه.

قوله: (والسنة) فإنه عليه الصلاة والسلام باع واشترى وأقر أصحابه على ذلك أيضا.

قوله: (والقياس) عبارة البحر: والمعقول ا هـ ح، لانه أمر ضروري يجزم العقل بثبوته كباقي الامور الضرورية المتوقف عليها انتظام معاشه وبقائه، فافهم.

قوله: (فالايجاب الخ) هذه الفاء الفصيحة، وهي المفصحة عن شرط مقدر: أي إذا أردت معرفة الايجاب والقبول

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٦

المذكورين، وفي الفتح: الايجاب الاثبات لغة لاي شئ كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا، سواء وقع من البائع أو من المشتري، كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني، وإلا فكل منهما إيجاب أي إثبات فسمى الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول ا ه.

قوله: (والقبول) في بعض النسخ: فالقبول بالفاء، فهو تفريع على تعريف الايجاب، ولذا قال المصنف لما ذكر أن الايجاب ما ذكر أولا علم أن الايجاب هو ما ذكر ثانيا من كلام أحدهما، أفاده ط.

قوله: (ما يذكر ثانيا من الآخر) أي من العاقد الآخر

والتعبير بيذكر لا يشمل الفعل، وعرفه في الفتح بأنه الفعل الثاني كما مر، وقال: لانه أعم من اللفظ، فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله، تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع: أركبها بمائة وألبسه بكذا رضا بالبيع.

مطلب القبول قد يكون بالفعل وليس من صور التعاطي وكذا إذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يكن شيئا كان قبضه قبولا، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط، ففي جعل الاخيرة من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر ا ه .

وذكر في الخانية أن القبض يقوم مقام القبول، وعليه فتعريف القبول بالقول لكونه الاصل.

قوله: (الدال على التراضي) الاولى أن يقول الرضا كما عبر به في الفتح والبحر، لان التراضي من الجانبين لا يدل عليه الايجاب وحده، بل هو مع القبول.

أفاده ح.

قوله: (قيد به اقتداء بالآية) وهي قوله تعالى: * (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) * (النساء: ٩٢).

قوله: (وبيانا للبيع الشرعي) استظهر في الفتح أن التراضي لا بد منه في البيع اللغوي أيضا، فإنه لا يفهم من باع زيد عبده لغة إلا أنه استبدله بالتراضي ا ه.

ونقل مثله القهستاني عن إكراه الكفاية والكرماني وقال: وعليه يدل كلام الراغب خلافا لشيخ الاسلام.

قوله: (ولذا لم يلزم بيع المكره) قدمنا أن بيع المكره فاسد موقوف على إجازة البائع، وأن البيع المعرف يشمل سائر أنواع البيع الفاسد، وأن قول الكنز: البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي عير مرضي لان ه يخرج بيع المكره مع أنه داخل.

وأجيب عنه بما ذكره الشارح بأنه قيد به اقتداء بالآية: أي لا للاحتراز، لكن قوله: وبيانا للبيع الشرعي إن أراد به البيع المقابل اللغوي.

يرد عليه ما علمته من اعتبار التراضي في البيع اللغوي، وأنه لا يعتبر في البيع الشرعي، إذ." (١)

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/١٠

"لو كان جزء مفهومه لزم أن يكون بيع المكره باطلا لا فاسدا، بل **التراضي** شرط لثبوت حكمه شرعا وهو الملك كما قدمناه عن الفتح، وإن أراد بالشرعي الخالي عن الفساد فالتقييد **بالتراضي** لا يخرج بقية البيوع الفاسدة، بل التعريف شامل لها، ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يتأتى في عبارة الكنز حيث جعل فيها **التراضي** قيدا في التعريف.

أما قول المصنف الدال على **التراضي** فلا، لكونه ذكره صفة

للايجاب، فهو بيان للواقع، فإن الاصل فيه أن يكون دليلا على الرضا، ولكن لا يلزم منه وجود الرضا حقيقة فلا يخرج به بيع المكره.

تأمل.

مطلب في حكم البيع مع الهزل قوله: (ولم ينعقد مع الهزل الخ) الهزل في اللغة: اللعب.

وفي الاصطلاح: هو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له، ولا ما صح له اللفظ استعارة، والهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه، لكن لا يختار ثبوته الحكم ولا يرضاه، والاختيار: هو القصد إلى الشئ وإرادته.

و ا لرضا: هو إيثاره واستحسانه، فالمكره على الشئ يختاره ولا يرضاه، ومن هنا قالوا: إن المعاصي والقبائح بإرادة الله تعالى لا برضاه: * (إن الله لا يرضى لعباده الكفر) *كذا في التلويح.

وشرطه: أي شرط تحقق الهزل واعتباره في التصرفات أن يكون صريحا باللسان مثل أن يقول: إني أبيع هازلا، ولا يكتفي بدلالة الحال، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد، فيكفي أن تكون المواضعة سابقة على العقد، فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع، أي توافقا على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه واتفقا على البناء: أي على أنهما لم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه، فالبيع منعقد لصدوره من أهله في محله، لكنه يفسد البيع لعدم الرضا بحكمه فصار كالبيع بشرط الخيار أبدا، لكنه لا يملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم، حتى لو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه، هكذا ذكروا، وينبغي أن يكون البيع باطلا لوجود حكمه، وهو أنه لا يملك ب ا لقبض.

وأما الفاسد فحكمه أن يملك بالقبض حيث كان مختارا راضيا بحكمه، أما عند عدم الرضا به، فلا ا ه.

منار وشرحه لصاحب البحر.

فقول الشارح: ولم ينعقد مع الهزل الذي هو من مدخول العلة غير صحيح، لمنافاته ما تقدم من أنه منعقد لصدوره من أهله في محله، لكنه يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم، إلا أن يحمل على نفي الانعقاد الصحيح أو يتمشى على البحث الذي ذكره بقوله وينبغي الخ ا ه ط.

قلت: قد صرح في الخانية والقنية بأنه بيع باطل، وبه يتأيد ما بحثه في شرح المنار، وكثيرا ما يطلقون الفاسد على الباطل كما ستعرفه في بابه، لكن يرد على بطلانه أنهما لو أجازه جاز، والباطل لا تلحقه الاجازة، وأن الباطل ما ليس منعقد أصلا، والفاسد ما كان منعقدا بأصله لا

بوصفه، وهذا منعقد بأصله لانه مبادلة مال بمال دون وصفه، ولذلك أجاب بعض العلماء بحمل ما في الخانية على أن المراد بالبطلان الفساد كما في حاشية الحموي وتمامه فيها.

قلت: وهذا أولى لموافقته لما في كتب الاصول من أنه فاسد، وأما عدم إفادته الملك بالقبض فلكونه أشبه البيع بالخيار لهما، وليس كل فاسد يملك بالقبض، ولذا قال في الاشباه: إذا قبض المشتري المبيع فاسدا ملكه إلا في مسائل: الاولى: لا يملكه في بيع الهازل كما في الاصول.

الثانية: لو اشتراه الاب مما له لابنه الصغير أو باعه له كذلك فاسدا لا يملكه بالقبض حتى يستعمله، كذا في المحيط.

الثالثة: لو كان مقبوضا في يد المشتري أمانة لا يملكه به اه.

وذكر." (١)

"آخر بعد الاول لم يبرأ الاول، كذا في حاشية السيد أبي السعود على الاشباه.

تنبيه: زاد في الاشباه إن الاجارة بعد الاجارة من المستأجر الاول فسخ للاولى كما في البزازية.

وقال البحر: وينبغي أن المدة إذا اتحدت فيهما واتحد الاجران لا تصح الثانية كالبيع.

قوله: (إذ المراد الخ) تعليل لعدم بطلان الكفالة الثانية بأن المراد منها الحقيقة إذا أي حين كررت إنما هو زيادة التوثق بأخذ كفيل آخر، حتى يتمكن من مطالبة أيهما أراد.

قوله: (وهما عبارة الخ) أي الايجاب والقبول معبر بهما عن كل لفظين الخ.

قال الزيلعي: وينعقد بكل لفظ ينبني عن التحقيق كبعت واشتريت ورضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا ا هـ.

أو كل هذا الطعام بدرهم لي عليك فأكله ونحو ذلك من الافعال كما قدمناه عن الفتح قبل ورقتين، وينعقد ببيع معلق بفعل قلب كإن أردت فقال: أردت أو إن أعجبك أو وافقك فقال: أعجبني أو وافقني، وأما إن أديت إلي الثمن فقد بعتك، فإن أدى في المجلس صح ويصح الايجاب بلفظ الهبة وأشركتك فيه وأدخلتك فيه، وينعقد بلفظ الرد، بحر عن التتارخانية.

قلت: وعبارتها: ولو قال أرد عليك هذه الامة بخمسين دينارا وقبل الآخر ثبت البيع ا هـ.

وفي البحر: ويصح الايجاب بلفظ الجعل كقوله: جعلت لك هذا بألف، وتمامه فيه.

قلت: وفي عرفنا يسمى بيع الثمار على الاشجار ضمانا، فإذا قال: ضمنتك هذه الثمار بكذا وقبل الآخر ينبغي أن يصح، وكذا تعارفوا في بيع أحد الشريكين في الدواب لشريكه الآخر لفظ المقاصرة، فيقول قاصرتك بكذا ومراده بعتك حصتي من هذه الدابة بكذا، فإذا قيل الآخر صح لانها من ألفاظ التمليك عرفا.

تنبيه: ظاهر قوله على لفظين أنه لا ينعقد بالاشارة بالرأس، ويدل عليه ما في الحاوي الزاهدي في فصل البيع الموقوف: فضولي باع مال غيره فبلغه فسكت متأمفقال ثالث هل أذنت لي في الاجازة؟ فقال: نعم، فأجازه ينفذ، ولو حرك رأسبن عم فلا، لان تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر ا هـ.

---

(١) حاشية رد المحتار، ١١/٥

لكن قد يقال إذا قال: بعني كذا بكذا فأشار برأسه نعم، فقال الآخر: اشتريت

وحصل التسليم **بالتراضي** يكون بيعا بالتعاطي، بخلاف ما إذا لم يحصل التسليم من أحد الجانبين." (١)

"المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد **بالتراضي** ا هـ.

وعبر في الفتح بالتعاطي، والمراد واحد، وسيأتي أيضا في باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لا يصح، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع في رواية، وظاهر الرواية أنه لا يتم.

قال في البحر هناك: وأولوا الرواية الاولى بأنه ينعقد بيعا بالتعاطي ا هـ.

وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد، وقد يجاب على بعد بحمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطي بعد المجلس أما فيه فلا يشترط كما هنا، والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلا بد من المتاركة أما في المجلس، فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المتاركة ضمنا.

تأمل.

ويحتمل وهو الظاهر أن يكون في المسألة قولان، وانظر ما يأتي عند قوله: وفسد في الكل في بيع ثلة الخ هذا، وما ذكره عن الحلواني في البيع بالرقم جزم بخلافة في الهندية آخر باب المرابحة، وذكر أن العلم في المجلس يجعل كابتداء العقد، ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس، وبه جزم في الفتح هناك أيضا.

قوله: (ففي بيع التعاطي بالاولى الخ) مأخوذ عن البحر حيث قال: ففي بيع التعاطي بالاولى، وهو صريح الخلاصة.

والبزازية: إن التعاطي بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع، لانه بناء على السابق وهو محمول على ما ذكرناه ا هـ.

وقوله على ما ذكرناه: أي من أن عدم الانعقاد قبل متاركة الاول وهو معنى قول الشارح، فيحمل ما في الخلاصة وغيرها على ذلك، ومراده بما في الخلاصة ما قدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد، ونقلنا عبارتها وعبارة البزازية، وليس فيها التقييد بما قبل متاركة الاول، فقيده الشارح به تبعا للبحر لئلا يخالف كلام غيرها، فافهم.

قوله: (وتمامه في الاشباه من الفوائد) أي في آخر الفن الثالث، وليس فيه زيادة على أصل المسألة، فلعله أراد ما كتب على الاشباه في ذلك الموضع أو ما أشبه هذه المسألة مما تفرع على الاصل المذكور.

قوله: (إذا بطل المتضمن) بالكسر بطل المتضمن ب الفتح، فإنه لما بطل البيع الاول بطل ما تضمنه من القبض إذا كان قبل المتاركة.

قال ح: وهو بدل من الفوائد بدل بعض من كل اه ط.

وفي هذه القاعدة بحث سنذكره عند الكلام على بيع الثمرة البارزة.

قوله: (فتحرر ثلاثة أقوال) هذا الاختلاف نشأ من كلام الامام محمد، فإنه ذكر بيع التعاطي في مواضع، فصوره في موضع بالاعطاء من الجانبين، ففهم منه البعض أنه شرط وصوره في موضع بالاعطاء من أحدهما، ففهم البعض أنه يكتفي

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/١٤

به، وصوره في موضع بتسليم المبيع، ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكفي.

بحر عن الذخيرة ط.

قوله: (وحررنا في شرح الملتقى الخ) عبارته عن البزازية: الاقالة تنعقد بالتعاطي أيضا من أحد الجانبين على الصحيح اه. وكذا الاجارة كما في العمادية، وكذا الصرف كما في النهر مستدلا عليه. " (١)

"فيكون ذلك هو المراد، وهذا هو خيار القبول، وهذا حمل إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى.

لا يقال: هذا أيضا مجاز، لان الثابت قبل قبول الآخر بائع واحد لا متبايعان، لانا نقول: هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ، ولانا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر، إلا أنهما مشتغلان بأمر البيع متراضيان فيه، فليكن هو المعنى الحقيقي، والحمل على الحقيقي متعين، فيكون الحديث لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق **والتراضي** السابق على أن السمع والقياس معضدان للمذهب.

أما السمع فقوله تعالى: * (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) * (المائدة: ١) وهذا عقد قبل التخيير، وقوله تعالى: * (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) * (النساء: ٩٢) وبعد الايج ا ب والقبول تصدق تجارة عن تراض من غير توقف على التخيير، فقد أباح الله تعالى أكل المشتري قبل التخيير، وقوله تعالى: * (وأشهدوا إذا تبايعتم) * (البقرة: ٢٨٢) أمر بالترفق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص، وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع، وتمامه في المنح والفتحط.

قوله: (مجاز لكون) أي باعتبار ما تؤول إليه عاقبته ط عن المنح مثل إني أراني أعصر خمرا..قوله: (مجاز الكون) أي باعتبار ما كان عليه من قبل، مثل: * (واتوا اليتامى أموالهم) * (النساء: ٢).

قوله: (وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن) ككر حنطة وخمسة

دراهم أو أكرار حنطة، فخرج ما لو كان قدر المبيع مجهولا: أي جهالة فاحشة فإنه لا يصح، وقيدن ا بالفاحشة لما قالوه لو باعه جميع ما في هذه القرية أو هذه الدار والمشتري لا يعلم ما فيها لا يصح لفحش الجهالة، أما لو باعه جميع في هذا البيت أو الصندوق أو الجوالق فإنه يصح، لان الجهالة يسيرة.

قال في القنية: إلا إذا كان يحتاج معه إلى التسليم والتسلم، فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع، كمن أقر أن في يده متاع فلان غصبا أو وديعة ثم اشتراه جاز وإن لم يعرف مقداره ا هـ.

ومعرفة الحدود تغني عن معرفة المقدار.

ففي البزازية: باعه أرضا وذكر حدودها لاذرعها طولا وعرضا جاز، وكذا إن لم يذكر الحدود، ولم يعرفه المشتري إذا لم يقع بينهما تجاحد، وفيها جهل البائع معرفة المبيع لا يمنع وجهل المشتري يمنع ا هـ.

---

(١) حاشية رد المحتار، ١٩/٥

وعلى هذا تفرع ما في القنية: لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئا في موضع كذا فبعها مني بستة دراهم فقال بعتها، ولم يعرفها البائع وهي تساوي أكثر من ذلك جاز، ولم يكن ذلك بيع المجهول، لانه لم ا قال لك في يدي أرض صار كأنه قال أرض كذا.

وفي المجمع: لو باعه نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط: أي عند الامام، ويجيزه: أي أبو يوسف مطلقا، وشرط: أي محمد علم المشتري وحده.

وفي الخانية:." (١)

"المثلثة، أما بضمها فالكثير من الناس أو من الدراهم، وبكسرها الهلكة كما في القاموس.

قوله: (وثوب) أي يضره التبعيض، أما في الكرباس فينبغي جوازه في ذراع واحد كما في الطعام الواحد، بحر عن غاية البيان.

قلت: ووجهه ظاهر، فإن الكرباس في العادة لا يختلف ذراع منه عن ذراع، ولذا فرض القهستاني المسألة فيما يختلف في القيمة وقال: فإن الذراع من مقدم البيت أو الثوب أكثر قيمة من مؤخرة ا هـ.

فأفاد أن ما لا يختلف مقدمه ومؤخره فهو كالصبرة.

قوله: (كل شاة) أما لو قال شاتين بعشرين، وسمى الجملة مائة مثلا كان باطلا إجماعا وإن وجده كما سمى، لان كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بانضمام غيرها إليها.

قاله الحدادي، وفي الخانية: ولو كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز.

نهر.

قوله: (وإن علم) أي بعد العقد كما يفيده ما يأتي.

قوله: (ولو رضيا الخ) في السراج: قال الحلواني: الاصح أن عند أبي حنيفة إذ ا أحاط علمه بعدد الاغنام في المجلس لا ينقلب صحيحا، لكن لو كان البائع على رضاه ورضى المشتري ينعقد البيع بينهما **بالتراضي**، كذا في الفوائد الظهيرية، ونظيره البيع بالرقم ا هـ بحر.

وفي المجتبى: ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من وقر فالبيع باطل، وكذا الرمان، ولو عزلها البائع وقبلها اشترى جاز استحسانا، والعزل والقبول بمنزلة إيجاب وقبول ا هـ.

ومثله في التتارخانية وغيرها.

قال الخير الرملي: وفيه نوع إشكال، وهو أنه تقدم أن التعاطي بعد عقد فاسد لا ينعقد به البيع ا هـ.

وانظر ما قدمناه من الجواب عند الكلام على بيع التعاطي.

مطلب: البيع بالرقم قوله: (ونظيره البيع بالرقم) بسكون القاف: علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن، فإذا لم يعلم المشتري ينظر إن علم في مجلس البيع نفذ، وإن تفرقا قبل العلم بطل.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣٤/٥

درر من باب البيع الفاسد.
وتعقبه في الشرنبلالية بأن النافذ ل ازم، وهذا فيه الخيار بعد العلم بقدر الثمن في المجلس، وبأن قوله: بطل غير مسلم لانه فاسد، يفيد الملك بالقبض وعليه وقيمته، بخلاف الباطل.
وأجيب عن الاول بأنه ليس كل نافذ لازما، فقد شاع أخذهم النافذ مقابلا للموقوف ا ه.
وفي الفتح: أن البيع بالرقم فاسد، لان الجهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم، وصارت بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا، وجوازه فيما إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني ا ه.
وانظر ما قدمناه في بحث البيع بالتعاطي.
قوله: (ولو سمى الخ) أي في صلب العقد، فلا ينافي قوله: وإن علم عدد الغنم في المجلس الخ.
قال في البحر: قيد بعدم تسمية ثمن الكل، لانه لو سمى كما إذا قال: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم." (١)
"للبائع رده على بائعه، بخلاف ما إذا كان **بالتراضي**، فإنه بيع جديد.
قوله: (لم تعد الكفالة فيهما) أي في الاقالة والرد بعيب بقضاء ا ه ح.
فتحصل أن الاجل والكفالة في البيع بما عليه لا يعودان بعد الاقالة، وفي الرد بقضاء في العيب يعود الاجل، ولا تعود الكفالة ا ه ط.
قلت: ومقتضى هذا أنه لو كان الرد بالرضا لا تعود الكفالة بالاولى، وذكر الرملي في كتاب الكفالة أنه ذكر في التتارخانية عن المحيط، عدم عودها سواء كان الرد بقضاء أو رضا وعن المبسوط أنه إن كان بالقضاء تعود، وإلا فلا.
ثم قال الرملي والحاصل: أن فيها خلافا بينهم.
قوله: (لا قبله مطلقا) أي متصلة أو منفصلة.
قال في الفتح: والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارش والعقر، إذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والدفع وإن كانت بعد القبض متصلة، فكذلك عنده، وإن كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها ا هـ.
ومثله في ابن ملك على المجمع لكن قدمنا عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة، وقدمنا أيضا أن الرد بالعيب يمتنع في المتصلة الغير المتولدة مطلقا، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط.
ويوافقه ما في الخامس والعشرين من جامع الفصولين: أن الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقا كصبغ وبناء، والمنفصلة المتولدة كولد وثمر وأرش وعقر تمنع الرد، وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ والمنفصلة التي لم تتولد ككسب وغلة لا تمنع الرد والفسخ بسائر أسبابه ا هـ.
تنبيه: قال في الحاوي: تقايلا البيع في الثوب بعدما قطعه المشتري وخاطه قميصا، أو في الحديد بعد ما اتخذه سيفا لا

---
(١) حاشية رد المحتار، ٥/٤٧

تصح الاقالة كمن اشترى غزلا فنسجه أو حنطة فطحنها، وهذا إذا تقايلا على أن يكون الثوب للبائع، والخياطة للمشتري: يعني يقال للمشتري: افتق الخياطة وسلم الثوب لما فيه من ضرر المشتري فلو رضي بكون الخياطة للبائع بأن يسلم الثوب إليه كذلك نقول: تصح ا هـ.

وفي حاشية الخير الرملي على الفصولين: وقد سئلت في مبيع استغله المشتري هل تصح الاقالة فيه؟ فأجبت بقولي: نعم، وتطيب الغلة له والغلة اسم للزيادة المنفصلة كأجرة الدار وكسب العبد، فلا يخالف ما في الخلاصة من قوله: رجل باع آخر كرما فسلمه إليه فأكل نزله: يعني ثمرته سنة ثم تقايلا، لا تصح، وكذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها الاجنبي ا هـ.

قوله: (وتصح بمثل الثمن الاول) حتى لو كان الثمن عشرة دنانير، فدفع إليه دراهم ثم تقايلا، وقد رخصت الدنانير رجع بالدنانير لا بما دفع، وكذا لو رد بعيب وكذا في الاجرة لو فسخت، ولو عقد بدراهم فكسدت ثم تقايلا رد الكاسد، كذا في الفتح.

نهر قوله: (وبالسكوت عنه) المراد أن الواجب هو الثمن الاول سواء سماه أو لا.

قال في الفتح: والاصل في لزوم الثمن، أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين، وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الاول، كأن لم يكن فيثبت الحال الاول، وثبوته برجوع عين الثمن إلى مالكه كأنه لم يدخل في الوجود غيره، وهذا يستلزم تعين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس ا هـ.

قوله: (ويرد مثل المشروط الخ) ذكر هذا هنا غير مناسب، لان ليس من فروع." (١)

"مختار الفتاوى.

واحترز بالوزن عن المجازفة فلا يجوز.

بحر ط.

قوله: (ما رآه المسلمون) هو من حديث أحمد عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال: إن الله نظر إلى قلوب العباد فاختار له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون الخ وهو موقوف حسن، وتمامه في المقاصد الحسنة ط.

قوله: (يجوز ويكره) أي يصح مع الكراهة، وهذا لو الشراء بعد القرض لما في الذخيرة: وإن لم يكن النفع مشروطا في القرض ولكن اشترى المستقرض من المقرض بعد القرض متاعا، فعلى قول الكرخي: لا بأس به، وقال الخصاف: ما أحب له ذلك، وذكر الحلواني أنه حرام لانه يقول: لو لم أكن اشتريته منه طالبني بالقرض في الحال، ومحمد لم يرد بذلك بأسا.

وقال خواهر زاده: ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة مشروطة وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكره محمد محمول على ما إذا كانت غير مشروطة وذلك غير مكروه بلا خلاف.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٢٤٨

وهذا إذا تقدم الاقراض على البيع، فإن تقدم البيع بأن باع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ثم أقرضه ستين دينارا أخرى حتى صار له على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون دينارا، ذكر الخصاف أنه جائز، وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ، وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهونه ويقولون: إنه قرض جر منفعة، إذ لولاه لم يتحمل المستقرض غلاء الثمن.

ومن المشايخ من قال: يكره لو كانا في مجلس واحد، وإلا فلا بأس به، لان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة، فكأنهما وجدا معا فكانت المنفعة مشروطة في القرض.

وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بقول الخصاف.

وابن سلمة يقول: هذا ليس بقرض جر منفعة، بل هو بيع جر منفعة وهي القرض ا هـ ملخصا.

وانظر ما سنذكره في الصرف عند قوله: وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة قوله: (بطريف المعاملة) هو ما ذكره من شراء الشئ اليسير بثمن غال.

قوله: (ب أ زيد من عشرة ونصف) وهناك فتوى أخرى بأزيد من أحد عشرة ونصف وعليها العمل.

سائحاني.

ولعله لورود الامر بها متأخرا عن الامر الاول.

قوله: (يعزر) لان طاعة أمر السلطان بمباح واجبة.

قوله: (ما أخذه من الربح) أي زائدا عما ورد به الامر ط.

قوله: (إن حصله منه **بالتراضي** الخ) مفهومه أنه لو أخذه بلا رضاه أنه يثبت له الرجوع بالزائد عما ورد وهو غير ظاهر، لانه إذا أقرضه مائة وباعه سلعة بثلاثين مثلا بيعا مستوفيا شرائطه الشرعية لم يكن فيه إلا مخالفته الامر السلطاني، لان مقتضى الامر الاول أن يبيع السلعة بخمسة فقط لتكون العشرة بعشرة ونصف، ومقتضى الامر الثاني أن يبيعها بخمسة عشر لتكون العشرة بأحد عشر ونصف، ولا يخفى أن مخالفة الامر لا تقتضي فساد البيع، لان ذلك لا يزيد على مخالفة أمر الله تعالى بالسعي وترك البيع وقت النداء، فإذا باع وترك السعي يكره البيع ولا يفسد، فكذا هنا بالاولى، على . "(١)

"أنه إذا فسد البيع وجب الفسخ ورد جميع الثمن، وإذا صح وجب جميع الثمن فلا وجه لرد الزائد وأخذ ما ورد به الامر فقط سواء قلنا بصحة البيع أو فساده، فتعين أن هذا المفهوم غير مراد.

فتأمل.

قوله: (لكن يظهر الخ) لا وجه للاستدراك بعد ورود الامر الواجب الاتباع بعد الرجوع ط.

وقد يجاب بأن المراد أن المناسب أن يرد الامر السلطاني بالرجوع: أي وإن أخذ ما أخذه **بالتراضي** لكن علمت ما فيه.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٢٩٣

قوله: (وأقبح من ذلك السلم الخ) أي أقبح من بيع المعاملة المذكور ما يفعله بعض الناس من دفع دراهم سلما على حنطة أو نحوها إلى أهل القرى بحيث يؤدي ذلك إلى خراب القرية، لانه يجعل الثمن قليلا جدا فيكون إضراره أكثر من إضرار البيع بالمعاملة الزائدة عن الامر السلطاني، فيظهر أن المناسب أيضا ورود أمر سلطاني بذلك ليعزر من يخالفه، وظاهره أنه لم يرد بذلك أمر، والله سبحانه أعلم.

باب الربا لما فرغ من المرابحة و ما يتبعها من التصرف في المبيع ونحو ذلك من القرض وغيره ذكر الربا، لان في كل منهم زيادة، إلا أن تلك الزيادة حلال وهذه حرام، والحل هو الاصل في الاشباه.

والربا بكسر الراء، وفتحها خطأ مقصور على الاشهر، ويثنى ربوان بالواو على الاصل، وقد يقال: ربيان على التخفيف كما في المصباح، والنسب إليه ربوي بالكسر، والفتح خطأ كما في المغرب.

قوله: (ولو حكما الخ) تبع فيه النهر، لكنه لا يناسب تعريف المصنف فإنه قيده بكونه بمعيار شرعي، وهذا لا يدخل فيه ربا النسيئة ولا البيع الفاسد، إلا إذا كان فساده لعلة الربا، فالظاهر من كلام المصنف تعريف ربا الفضل، لانه هو المتبادر عند الاطلاق، ولذا قال في البحر: فضل أحد المتجانسين، نعم هذا يناسب تعريف الكنز بقوله: فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال ا هـ.

فإن الاجل في أحد العوضين فضل حكمي بلا عوض، ولما كان الاجل يقصد له زيادة العوض كما مر في المرابحة صح وصفه بكونه فضل مال حكما تأمل.

قال في الشرنبلالية: ومن شرائط الربا عصمة البدلين، وكونهما مضمونين بالاتلاف فعصمة أحدهما وعدم تقومه لا يمنع، فشراء الاسير أو التاجر مال الحربي أو المسلم الذي لم يهاجر بجنسه متفضلا جائز، ومنها أن لا يكون البدلان مملوكين لاحد المتبايعين كالسيد مع عبده، ولا مشتركين فيهما بشركة عنان أو مفاوضة كما في البدائع ا هـ.

وسيأتي بيان هذه المسائل آخر الباب.

قوله: (والبيوع الفاسدة الخ) تبع فيه البحر عن البناية، وفيه نظر، فإن كثيرا من البيوع الفاسدة ليس فيه فضل خال عن عوض كبيع ما سكت فيه عن الثمن، وبيع عرض بخمر أو بأم ولد فتجب القيمة ويملك بالقبض، وكذا بيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض، وثوب من ثوبين، والبيع إلى النيروز ونحو ذلك، مما سبب الفساد فيه الجهالة، أو الضرر أو نحو ذلك نعم يظهر ذلك في الفساد بسبب شرط فيه نفع لاحد المتعاقدين مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ويؤيد ذلك ما في الزيلعي قبيل باب الصرف في بحث ما يبطل بالشرط الفاسد حيث قال: والاصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لا ما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات، لان الشروط." (١)

"البيع برضا فلان على أنه شرط خيار إذا وقته، ولكن في الولوالجية: خيار الشرط والرؤية يثبت في قسمة لا يجبر الآبي عليها وهي قسمة الاجناس المختلفة، لا فيما يجبر عليها كالمثلي من جنس واحد، بحر ملخصا.

وحاصله أن تعليق القسمة على رضا فلان غير موقت لا يصح مطلقا، ومؤقتا يصح في الجنس الواحد على أنه خيار شرط

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٢٩٤

لاجنبي كما يصح في البيع، فكلام العيني محمول على غير الموقت أو على الاجناس المختلفة.

ثم اعلم أن القسمة التي يجبر الآبي عليها لا تختص بالمثلي، لانها تكون في العروض المتحد جنسها، إلا الرقيق والجواهر فلا يجبر عليها كقسمة الاجناس بعضها في بعض، وكدور مشتركة أو دار وضيعة فيقسم كل منها وحده لا بعضها في بعض إلا **بالتراضي** كما سيأتي في بابها.

قوله: (أما قسمة القيمي الخ) أفاد أن قسمة المثلي لا تصح بالشرط مطلقا، أما قسمة القيمي فتصح إن علقت بخيار شرط أو رؤية وإلا فلا، لكن علمت أن الافتراق بين الجبر وعدمه لا بين المثلي والقيمي، فافهم.

وأيضا فالكلام في الشرط الفاسد كما مر، وشرط الخيار ليس شرطا فاسدا فلا حاجة إلى التنبيه على صحته.

تأمل.

قوله: (والاجارة) أي كأن آجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدي إليه أو إن قدم زيد.

عيني.

ومن ذلك استأجر حانوتا بكذا على أن يعمره ويحسب ما أنفقه من الاجرة فعليه أجر المثل وله ما أنفق وأجر مثل قيامه عليه، وتمامه في البحر، وبه علم أنها تفسد بالشرط الفاسد وبالتعليق لانها تمليك المنفعة والاجرة.

قوله: (فيصح به يفتى) لعل وجهه أنه وقت يجئ لا محالة فلم يكن تعليقا بخطر، أو هو إضافة لا تعلق والاجارة تقبل الاضافة كما سيأتي، وعليه فلا حاجة إلى الاستثناء.

قوله: (مع أنه تعليق بعدم التفريغ) ولعل وجه صحته أنه لما كان التفريغ واجبا على الغاصب في الحال فإذا لم يفرغ صار راضيا بالاجارة في الحال كأنه علقه على القبول فقيل.

تأم ل.

قوله: (فقول البكر) الاولى إبدال البكر بالبالغة كما هو في عبارة البزازية.

قوله: (وكذا كل ما لا يصح تعليقه بالشرط) وهو التمليكات والتقييدات كما مر، وهذا التعميم أخذه في البحر من إطلاق عبارة

الكنز لفظ الاجازة، واستشهد له بما مر عن البزازية، وأقره في النهر.

واعترضه الحموي بما في القنية قال باعني فلان عبدك بكذا فقال إن كان كذا فقد أجزته أو فهو جائز جاز إن كان بكذا أو بأكثر من ذلك النوع، ولو أجاز بثمن آخر يبطل ا هـ.

قلت: قد يجاب بأن هذا تعليق بكائن فلم يكن شرطا محضا، كما لو قال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك كما قدمناه.

تأمل.

قوله: (فقصرها على البيع قصور) تعريض بما يفيده كلام العيني حيث صور الاجازة بقوله بأن باع فضولي عبده فقال: أجزته بشرط أن تقرضني أو تهدي إلي أو علق إجازته بشرط لانها بيع معنى ا هـ.

ومثله قول الدرر: والبيع وإجازته.

وقال ح: ينبغي أن يراد بالاجازة إجازة عقد هو مبادلة مال بمال، لان كلامه فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه." (١)

"وأجيب عنه بجواب اعتراضه في الفتح، ثم قال: وغاية الامر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا يفيده، وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف بلا ذكر خلاف ا هـ.

ويأتي الكلام على بيع العينة آخر الباب وفي الكفالة إن شاء الله تعالى، وانظر ما قدمناه قبيل الربا.

قوله: (ممن هي له) متعلق ببيع.

قوله: (فصح بيعه منه) هذا وإن علم لكن كرره ليبين أن قوله دينارا مفعول بيع وكان الاوضح والاخضر للمصنف أن يقول: وصح بيع دينار بعشرة عليه أو مطلقة ممن هي له.

قوله: (وتقع المقاصة بنفس العقد) أي بلا توقف على إرادتهما لها، بخلاف المسألة الآتية، ووجه الجواز أنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض، وذلك جائز إجماعا لان التعيين للاحتراز عن الربا: أي ربا النسيئة، ولا ربا في دين سقط، إنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته، ولذا لو تصارفا د راهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الخطر.

قوله: (إن دفع البائع الدينار) قيد في الصورتين.

ط عن مكي.

قوله: (وتقاصا العشرة) قيد في الثانية فقط.

نهر قوله: (بالعشرة الدين استحسانا) والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر لكونه استبدالا ببدل الصرف قبل قبضه، وجه الاستحسان أنه بالتقابض انفسخ العقد الاول وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين، لانهما لما غيرا موجب العقد فسخاه إلى آخر اقتضاه، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الاول، كذا قالوا.

وتمامه في النهر.

وأطلق في العشرة الدين، فشمل ما إذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده في الاصح، فإذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى التراضي لانه قد وجد منه القبض.

بحر ملخصا.

ولا يخفى أن هذا خاص بالصورة الثانية، إذ في

المقيدة لا يتصور أن يكون الدين حادثا لان فرضها أن يبيع الدينار بعشرة عليه، فما في النهر من ذكر ذلك في الاولى سبق قلم، فتنبه.

ثم قال في البحر: والحاصل أن الدين إذا حدث بعد الصرف، فإن كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يتقاصا، وإن حدث بالشراء بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوبا بعشرة: إن لم يجعلاه قصاصا لا يصير قصاصا باتفاق

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٣٧٣

الروايات، وإن جعلاه ففيه روايتان ذخيرة.

مطلب مسائل في المقاصة ومن مسائل المقاصة: ما لو كان للمودع على صاحب الوديعة دين من جنسها لم تصر قصاصا به إلا إذا اتفقا عليه وكانت في يده أو رجع إلى أهله فأخذها، والمغصوب كالوديعة، وكذلك لا تقع المقاصة ما لم يتقاصا لو كان الدينان من جنسين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين، أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا، أو أحدهما غلة والآخر صحيحا كما في الذخيرة.

وإذا اختلف الجنس وتقاصا كما لو كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه: فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها ظهيرية.

ودين النفقة للزوجة لا يقع قصاصا بدين للزوج عليها إلا **بالتراضي**، بخلاف سائر الديون لان دين النفقة أدنى.

فروق الكرابيسي ا هـ ملخصا.

قال: وتقدم شئ من مسائل المقاصة في باب أم الولد.

قوله: (حكما) تمييز." (١)

"الحانوتي إلى شرح التكملة.

ويشترط أيضا أن يكون الدين قائما كما قدمه أول الباب.

قوله: (كما سيجئ) في قوله: ولا لشريك بدين مشترك فهذا دين صحيح لا تصح به الكفالة.

قوله: (لان قسمة الدين قبل قبضه لا تجوز) لانه إما أن يكفل نصفا مقدرا فيكون قسمة الدين قبل قبضه، أو نصفا شائعا فيصير كفيلا لنفسه، لان له أن يأخذ من المقبوض نصفه كما في النهر عن المحيط.

قوله: (وإلا في مسألة النفقة المقررة) ما قبل هذا الاستثناء وما بعده استثناء من صريح قوله.

: إذا كان دينا صحيحا وهذا استثناء من مفهومه، فإنه يفهم منه أنه إذا كان الدين غير صحيح لا تصح الكفالة، فقال إلا في مسألة النفقة المقررة فإنها تصح الكفالة بها مع أنها دين غير صحيح لسقوطها بموت أو طلاق، وهذا إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضي، وإلا فهي دين صحيح لا يسقط إلا بالقضاء أو

الابراء، والمراد بالمقررة ما قرر منها **بالتراضي** أو بقضاء ا لقاضي: وتصح الكفالة أيضا بالنفقة المستقبلة كما يذكره الشارح بعد أسطر، مع أنها لم تصر دينا أصلا.

وأما ما قدمه أول الباب من أنها لا تصح بالنفقة قبل الحكم فمحمول على الماضية لانها تسقط بالمضي إلا إذا كانت مقررة **بالتراضي** أو بقضاء القاضي كما حررناه هناك.

قوله: (وإلا في بدل السعاية) أي كما إذا أعتق بعضه وسعى في باقيه وفي كافي الحاكم: والمستسعى في بعض قيمته بعدما عتق بمنزلة المكاتب، في قوله أبي حنيفة: لا تجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه، وكذلك المعتق عند الموت إذا لم يخرج من الثلث فتلزمه السعاية، وأما المعتق على جعل فهو بمنزلة الحر، والكفالة للمولى بالجعل عنه وغيره

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٣٩٧

جائزة ا هـ.

قوله: (فيلغز أي دين صحيح الخ) فيقال هو بدل السعاية، وكذا الدين المشترك كما علمته.

قال في النهر: فإن قلت دين الزكاة كذلك ولا تصح الكفالة به.

قلت: إنما لم تصح، لانه ليس دينا حقيقة من كل وجه ا هـ.

قلت: وفي قوله: كذلك نظر، لان الدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالاداء أو الابراء، ودين الزكاة يسقط بالموت وبهلاك المال فلا يرد السؤال من أصله.

قوله: (وأي دين ضعيف) هو دين النفقة.

قوله: (ولو حكما) أي ولو كان الابراء حكما ط.

قوله: (بفعل) الباء للسببية.

ط.

قوله: (فيسقط دين المهر) الاولى: فدخل دين المهر الساقط بمطاوعتها ط.

قوله: (للابراء الحكمي) لان تعمدها ذلك قبل الدخول مسقط لمهرها فكأنها أبرأته منه.

لكن بقي أن المهر يسقط منه نصفه بالطلاق قبل الدخول مع أنه لم يوجد من الزوج إبراء أصلا لا حقيقة ولا حكما، إذ يتصور كون الطلاق قبل الدخول إبراء نصف المهر لانه بطلاقه سقط عنه لا عنها.

وقد يجاب بأن المهر وجب بنفس العقد، لكن مع احتمال سقوطه بردتها أو تقبيلها ابنه أو تنصفه بطلاقها قبل الدخول، ويتأكد لزوم تمامه بالوطئ ونحوه، حتى إنه بعد تأكده بالدخول لا يسقط، وإن كانت الفرقة من قبل المرأة كالثمن إذا تأكد بقبض المبيع كما قدمناه في باب المهر، وقد صرحوا هناك بصحة كفالة ولي الصغيرة بالمهر، وكذا كفالة وكيل الكبيرة،." (١)

"يمكنه أن يحصله بالاستقراض أو الاستيهاب عقب العقد.

إتقاني.

قال في الهداية: وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق.

قال الاتقاني: ولكن لا يرد إلا **بالتراضي** أو بقضاء القاضي، وإن قال: أخرني وله مال حاضر أو غائب يرجى قدومه آخر يومين أو ثلاثة.

قوله: (أو مؤجل) هو أفضل كما في السراج.

شرنبلالية.

قوله: (فإن أديته فأنت حر) لا بد منه لان ما قبله يحتمل الكتابة والعتق على مال، ولا تتعين جهة الكتابة إلا بهذا القيد. وأما قوله: وإن عجزت لا حاجة إليه، وإنما ذكره حثا للعبد على الاداء عند النجوم، كذا في النهاية والكفاية و التبيين،

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٤٣٦

وما زعمه الواني وغيره من لزوم الثاني أيضا

رده في العزمية بحصول المراد بالاول، وما قدمناه عن الزيلعي من أنه يعتق وإن لم يقل إذا أديته فأنت حر فذاك في الكتابة الصريحة كما نبه عليه الاتقاني.

قوله: (لاطلاق قوله تعالى: * (فكاتبوهم) *) فإنه يتناول جميع م ا ذكر: الحال والمؤجل والصغير والكبير.

وقال الشافعي رحمه الله: لا تجوز كتابة الصغيرة ولا الحالة.

زيلعي.

قوله: (والامر للندب) أي للوجوب بإجماع الفقهاء.

هداية.

وخص الفقهاء لانه عند الظاهرية للوجوب إذا طلبها العبد وعلم المولى فيه خيرا.

كفاية.

قوله: (على الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا إنه للاباحة، كقوله تعالى: * (فاصطادوا) * وهو ضعيف لان فيه إلغاء الشرط وهو الخيرية، لان الاباحة ثابتة بدونه وفي الندب إعمال له.

قوله (والمراد بالخيرية الخ) وقيل: الوفاء وأداء الامانة والصلاح، وقيل المال.

زيلعي.

قوله: (جاز) فإن أدى الكتابة عتق نصفه وسعى في بقية قيمته كما سيذكره آخر الباب الآتي.

قوله: (ثم فرع عليه) أي على قوله: خرج من يده لا على قوله: دون ملكه كما لا يخفى، وفيه إشارة إلى أنه كان ينبغي أن يأتي بالفاء بدل الواو كما فعل في المجمع، وبهذا اعترض الطوري على الكنز حيث أتى ب‍الواو، فافهم.

قوله: (وغرم الخ) قال صاحب التسهيل: ولو شرط وطأها في العقد لا يضمن العقر اه.

وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه فراجعه.

سعدية.

أقول: الذي رأيته في غاية البيان فساد الكتابة بهذا الشرط، فتأمل، لكن في الطوري عن المحيط: فإن وطئت ثم أدت غرم عقرها لان العقد الفاسد ملحق باصحيح.

قوله: (لحرمته عليه) أقول: الحرمة لا تستلزم العقر كما لا يخفى، فالمناسب ما في الهداية من قوله لانها صارت أخص بأجزائها.

ثم العقر كما في الشرنبلالية عن الجوهرة في الحرائر مهر المثل، وفي الاماء عشر القيمة لو بكرا، ونصف العشر لو ثيبا. ولو وطئ مرارا لا يلزمه إلا عقر واحد، وما تأخذه من العقر تستعين به على الكتابة لانه بدل منفعة مملوكة كما في

البدائع.

قال الشرنبلالية: وقد قال في البدائع قبل." (١)

"عن الحموي عن العمادي، والله أعلم.

قوله: (أو بينة) أي أقامها غاصب الغاصب.

قوله: (لا بإقرار الغاصب) أي الاول فلا يصدق في حق المالك، فهو بالخيار في تضمين أيهما شاء. بيري.

قوله: (إلا في حق نفسه وغاصبه) أي فيما إذا اختار المالك تضمين الثاني يرجع على الاول بما أقر بقبضه، وكذا فيما إذا اختار تضمين الاول وأراد الاول الرجوع على الثاني ليس له ذلك مؤاخذة له بإقراره، فإنه لولا إقراره لرجع كما يأتي.

قوله: (بعض الضمان) أطلقه فشمل النصف أو الثالث أو الربع كما في الهندية قوله: (له ذلك سراجية) اختلف النقل عن السراجية، فبعضهم نقل ليس له، وبعضهم نقل كما هنا، وهو المذكور في الفصولين عن فوائد صدر الاسلام وفي الهندية عن الذخيرة.

قوله: (والمالك بالخيار) إلا في مسألة تقدمت متنا أول الغصب.

وفي الهندية: إن ضمن الاول يرجع الاول على الثاني بما ضمن، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الاول اه .

وفي البزازية: وهب الغاصب المغصوب أو تصدق أو أعار هلك في أيديهم وضمنوا للمالك لا يرجعون بما ضمنوا للمالك على الغاصب، لانهم كانوا عاملين في القبض لانفسهم، بخلاف المرتهن والمستأجر والمودع فإنهم يرجعون بما ضمنوا على الغاصب، لانهم عملوا له، والمشتري إذا ضمن قيمته يرجع بالثمن على الغاصب البائع لان رد القيمة كرد العين اه.

قوله: (وإذا اختار تضمين أحدهما) أي ولم يقبض منه القيمة، ولم يقض عليه بها كما يأتي.

قوله: (لم يملك تركه) أي وإن توى المال عليه كما في الفصولين: أي بأن وجده معدما أو مات مفلسا وشمل تضمين أحدهما البعض، فليس له بعد أن ضمن أحدهما البعض أن يضمن ذلك البعض للآخر، بخلاف الباقي.

قال في البزازية: تضمين

الكل تمليك من الضامن، فلا يملك التمليك من الآخر، وتضمين البعض تمليك ذلك فيملك تمليك الباقي بعد ذلك من الآخر.

قوله: (وقيل يملك) جزم في الفصولين بالاول، ثم رم ز وقال: فيه روايتان.

وفي الهندية عن المحيط: لو اختار تضمين أحدهما ليس له تضمين الآخر عندهما.

وقال أبو يوسف: له ذلك ما لم يقبض الضمان منه اه.

وظاهره أن بعد القبض لا يملك تضمين الثاني بلا خلاف، ولذا عبر بالاختيار، وكالقبض **بالتراضي** القضاء بالقيمة كما في الهندية أيضا.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٣٨٨

فرع: أخذه من الغاصب ليرده إلى المالك فلم يجده فهو غاصب الغاصب يخرج عن العهدة برده إلى الغاصب الاول.
هندية.
مطلب في لحوق الاجازة للاتلاف ولافعال قوله: (الاجازة لا تلحق الاتلاف) يستثنى منه ما ذكره الحموي: لو جاء رب اللقطة وأجاز تصدق الملتقط بها لانه كالاذن ابتداء، والاذن حصل من الشارع لا من المالك، ولذا لا تتوقف على." (١)

"القياس كالذبح والرعي والنكث بمعنى المذبوح والمرعى والمنكوث ط.
قوله: (بثمرها) الباء بمعنى مع ط.
قوله: (لاتصاله) هذا وجه الاستحسان، وفي القياس: لا يكون له أخذ الثمرة لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها.
منح.
وبيان وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار.
هداية.
قوله: (وثمرا) بأن شرطه في البيع لان الثمر لا يدخل في البيع إلا بالشرط لانه ليس بتبع.
زيلعي.
قوله: (بعد الشراء في يده) متعلقان بأثمر، وقيد بقوله: في يده لانه إذا أثمر في يد البائع قبل القبض ثم قبضه المشتري له حصة من الثمن، كما إذا كان موجودا وقت الشراء.
كفاية.
قوله: (وإن جذه) بالذال المعجمة المشددة.
قال الزيلعي في باب البيع الفاسد: الجذاذ بالذال عام في قطع الثمار، وبالمهملة خاص بالنخل اه.
ط عن الحموي.
وضبطه مسكين هنا بالمهملة.
قال أبو السعود: لانه أنسب بالمقام، وقوله المشتري ليس بقيد بل مثله البائع والاجنبي كما في غاية البيان.
قوله: (فليس للشفيع أخذه) أي في الفصلين.
هداية: أي إذا اشتراه بالثمر أو أثمر في يده وكان عليه أن يقول: وليس بالواو ويذكره بعد جواب الشرط الآتي.
قوله: (لما مر) أي آنفا من قوله لزوال التبعية بانفصاله ولا يخفى أن الثمر في الاولى وإن دخل بالشرط كما مر ووقع الشراء عليه قصدا، لكن دخوله في الشفعة بالتبعية للعقار باعتبار الاتصال كما قدمناه، وبالانفصال تزول التبعية للعقار فتسقط الشفعة، فافهم.
قوله: (وقد اشتراها بثمرها) مزيدة على الدرر ولا معنى لها ح: أي لمنافاته للتفصيل الآتي.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤٩٧/٦

قوله: (سقط حصته من الثمن في الاول) لانه دخل في البيع قصدا فيقابله شئ من الثمن.

هداية.

قوله: (لحدوثه بعد القبض) فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن.

هداية.

قوله: (لتحويل الصفقة إليه) أي ولا يجوز له إبطالها منفردا من غير مقتض شرعا ط.

قوله: (بخلاف ما قبل القضاء) قدم المصنف أنها تملك بالاخذ بالتراضي وبقضاء القاضي، فالقضاء هنا غير قيد. تأمل.

قوله: (وقت انقطاع) حق البائع كان تصرف فيها المشتري ببناء ونحوه كما يأتي.

قوله: (وفي هبة بعوض مشروط) أي في العقد.

وصورته أن يقول: وهبت هذا لك على أن تعوضني كذا، وأجمعوا أنه لو قال وهبت هذا لك بكذا أنه بيع.

إتقاني.

وفي الخانية: فلو كانت بغير شرط العوض ثم عوضه بعدها فلا شفعة.

قوله: (ولا شيوع فيهما) أي فيالهبة والعوض بأن كان العوض عقارا أيضا.

قال ط: أما إذا كانت في شائع: فإن كانت مما يقسم فهي فاسدة، وإلا فهي صحيحة وتجري فيها الشفعة، وهذا قياس ما تقدم في الهبة اه.

وفي غاية البيان: قال أصحابنا: إذا وهب نصف دار بعوض فلا شفعة فيه، لان هبة المشاع فيما يقسم لا تجوز اه.

قوله: (وقت التقابض) أي من الجانبين، فلو قبض أحد العوضين فلا شفعة.

إتقاني.." (١)

"لانها مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث.

درر.

قوله: (ولو مات بعد القضاء لا تبطل) لما تقدم متنا أنها تملك بالاخذ بالتراضي وبقضاء القاضي.

قوله: (لا موت المشتري) وكذا البائع.

خانية.

ولا تباع في دين المشتري ووصيته، ولو باعها القاضي أو الوصي أو أوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته.

هداية.

قوله: (ويبطلها بيع ما يشفع به) أي كله لما في الخانية: الشفيع بالجوار إذا باع الدار التي يستحق بها الشفعة إلا شقصا

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٥٣٨

منها لا تبطل شفعته، لان ما بقي يكفي للشفعة ابتداء فيكفي لبقائها اه.
قوله: (علم ببيعها) أي بيع المشفوعة وقت بيعه ما يشفع به.
قوله: (وكذا) عطف على يبطلها: أي وتبطل بهذه الاشياء قبل القضاء بالشفعة لانها بمنزلة الزائل عن ملكه كما في الدرر.
قوله: (أو وقفا مسجلا) ينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول أن تسقط به وإن لم يسجل.
شرنبلالية.
قوله: (ولو باع إلخ) أي الشفيع ما يشفع به، وأفاد أن المراد بقوله بيع ما يشفع به البيع البات.
قوله: (لبقاء السبب هو اتصال ملكه بالمشفوعة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه.
وعبارة الهداية: لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال اه.
فافهم.
قوله: (ويبطلها شراء الشفيع من المشتري) لانه بالاقدام على الشراء من المشتري أعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة.
منح.
قوله (فلمن دونه) كما إذا كان شريكا وللمبيع جار.
قوله:
(بالعقد الاول أو الثاني) انظر ما كتبناه عن التاترخانية عند قول المصنف ويفسخ بحضوره.
قوله: (بخلاف ما لو اشتراها ابتداء) أي قبل أن يثبت له فيها حق الاخد، لانه لم يتضمن إعراضا لاقباله على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة، وإنما اشتراها لعدم التمكن من أخذها بطريق آخر.
زيلعي.
قوله: (حيث لا شفعة لمن دونه) بل تكون له ولمن هو مثله كما أوضحناه قبيل هذا الباب.
قوله: (إن استأجرها أو ساومها إلخ) أي بعد علمه بالبيع.
معراج.
وقيد بضمير المشفوعة، لما في التاترخانية: اشترى دارا فساوم الشفيع داره وقد أشهد على طلبه فهو على شفعته.
قوله: (أو طلب منه) أي طلب الشفيع من المشتري.
قوله: (أو يوليه) أي يبيعه تولية وهي البيع بمثل الثمن الاول ح، ومثل التولية المرابحة ط.
وكذا لو طلبها مزارعة أو مساقاة بعد علمه بالبيع.
إتقاني.
قوله: (مستدرك بما مر آنفا) لم يمر في هذا الباب المعقود للبطلان، وقد مر قبيله ط.
قوله: (قيمته ألف أو أكثر) وكذا لو أقل بالاولى كما في العناية.
قوله: (فله الشفعة) لان التسليم كان لاستكثار الثمن في الاول، أو لعدم قدرته على الدراهم في الثاني فلا يلزم منه التسليم

منه.

قوله: (قيمتها الف) أي أو اكثر بالاولى، بخلاف الاقل." (١)

"فيمكن أن يدعي رقبتها وهو في المجلس ثم يطلب الشفعة فيه إن منع.

قوله: (إن اعتمد على قول عالم) بحث فيه في الزواهر بأن قولهم لا يثبت الملك للشفيع إلا بعد الاخذ **بالتراضي** أو بعد قضاء القاضي يقتضي أن استيلاءه حرام، ولا ينفعه قول العالم اه ح.

أقول: عبارة الولوالجية: إن كان من أهل الاستنباط وقد علم أن بعض الناس قال ذلك لا يصير فاسقا لانه لا يصير ظالما إلخ، فالبحث غير متوجه، فتدبر.

قوله: (وإلا كان ظالما) يؤخذ منه أن يعزر اه.

أبو السعود عن الزواهر.

قوله: (أشياء على عدد الرؤوس) أي تقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الانصباء.

قوله: (العقل) أي الدية أو القيمة، فإذا وجد حر أو عبد قتيلا في مكان مملوك قسمت القيمة أو الدية على عدد الملاك دون قدر الملك، وتمام بيانه في حاشية الاشباه للحموي.

قال: وعلى كون العقل بمعنى الدية استحسن الدماميني قول ابن نباتة: أعيذ سناه والعذار وريقه * بـما قد أتى في النور والنمل والنحل وأصبوا إلى السحر الذي في جفونه * وإن كنت أدري أنه جالب قتلي

وأرضى بأن أمضي قتيلا كما مضى * بلا قود مجنون ليلى ولا عقل قوله: (وأجرة القسام) قيد بالقسام لما يذكره الشارح قريبا في القسمة أن أجرة الكيال والوزان بقدر الانصباء إجماعا، وكذا سائر المؤن إلخ.

قوله: (والطريق إذا اختلفوا فيه) لم يرد به هنا طريقا عاما لانه غير مملوك لاحد، بل ما يكون في سكة غير نافذة.

حموي.

تتمة: تقدم في متفرقات القضاء أن ساحة الدار إذا اختلفوا فيها تقسم على عدد الرؤوس، فذو بيت من دار كذي بيوت منها، وسيذكر الشارح آخر القسمة أن الغرامات لو لحفظ الانفس فكذلك، وكذا ما اتفقوا على إلقائه من السفن لو خافوا الغرق، ويأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى، فالمجموع سبعة نظمها الفاضل الحموي بقوله: إن التقاسم بالرؤوس يكون في * سبع لهن حلي عقد نظام في ساحة مع شفعة ونوائب * إ ن من هواء أجرة القسام وكذاك ما يرمى من السفن التي * يخشى بها غرق وطرق كرام وكذاك عاقلة وقد تم الذي * حررته لافاضل الاعلام قال: وبقي ما في فتاوى الحانوتي، وهو أن الضيافة التي جرت بها العادة في الاوقاف تقسم على عدد الرؤوس لا قدر الوظائف.

ومنها ما أفتى به شيخنا يعني الشرنبلالي تبعا لمشايخه، وهو الحلوان الذي جرت به العادة في الاقاف يقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الوظائف، ولا يختص به الناظر.

ومنها ما ذكره القهستاني بحثا: لو قتل صيد الحرم حلالان فعلى كل نصف قيمته، وينبغي أن يقسم على عدد الرؤوس

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٥٤٦

إذا قتله جماعا اه.

قوله: (لا ولي له) أي من أب أو جد أو وصي أحدهما." (١)

"لا ظهورها.

قوله: (ولا يتعين إلخ) الاولى قول الملتقى كالهداية، ولا يجبر الناس على قاسم واحد ولا يترك القسام ليشتركوا.

قوله: (بالزيادة) أي على أجر المثل.

بالقسام بالضم والتشديد جمع قاسم.

قوله: (خوف تواطئهم) أي على مغالاة الاجر وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الاجر. هداية.

قوله: (وصحت إلخ) ما مر في القسمة بالجبر، وهذا في القسمة **بالتراضي**.

قوله: (إلا إذا كان) استثناء منقطع كما يفيده قوله بعد لعدم لزومها استثناء من محذوف: أي ولزمت اه ط.

وأراد بالصحة اللزوم.

قوله: (إلا بإجازة القاضي) الظاهر رجوعه للمستثنيات الثلاث.

قوله: (أو الغائب أو الصبي إذا بلغ) ولو مات الغائب أو الصبي فأجازت ورثته نفذت عندهما خلافا لمحمد. منية المفتي.

والاولى استحسان والثاني قياس، وكما تثبت الاجازة صريحا بالقول تثبت دلالة بالفعل كالبيع كما في التاترخانية.

وفي المنح عن الجواهر: طفل وبالغ اقتسما شيئا ثم بلغ الطفل وتصرف في نصيبه وباع البعض يكون إجازة.

قوله: (هذا) أي لزومها بإجازة القاضي ونحوه لو كانوا شركاء في الميراث

فلو شركاء في غيره تبطل، ومقتضاه أنها لا تنفذ بالاجازة فليتأمل.

وعبارة المنية هكذا: اقتسم الورثة لا بأمر القاضي وفيهم صغير أو غائب لا تنفذ إلا بإجازة الغائب أو ولي الصغير أو يجيز إذ بلغ اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم صغير أو غائب لا تصح القسمة، فإن أمرهم القاضي بذلك صح اه.

أقول: سيذكر المصنف تبعا لسائر المتون أن القاضي لا يقسم لو كانوا مشترين وغاب أحدهم فكيف تصح قسمة الشركاء بأمر القاضي؟ اللهم إلا أن يراد به الشركاء في الميراث، لكن يبقى قول الشارح ولو شركاء بطلت محتاجا إلى نقل.

ونقل الزاهدي في قنيته: قسمت بين الشركاء وفيهم شريك غائب فلما وقف عليها قال لا أرضى لغبن فيها ثم أذن لحراثه في زراعة نصيبه لا يكون رضا بعد م ا رد اه فليحرر ولا تنس ما قدمه من أن للشريك أخذ حصته من المثلي بغيبة صاحبه، وما نقله عن الخانية فإنه مخصص لما هنا.

قوله: (ملكه مطلقا) أي غير بيان سبب ط.

قوله: (أو شراءه) الاولى أن يقول أو بسبب ليعم نحو الهبة ط.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥٥٧/٦

قوله: (فلا فرق إلخ) أي من حيث إنه يقسم بمجرد الاقرار اتفاقا، وإنما اقتصر المصنف على الارث، لان العقار الموروث يفتقر إلى البرهان ولانه هو الذي فيه الخلاف، فما سكت عنه يفهم حكمه مما ذكره بالطريق كما نبه عليه في المنح.

قوله: (ومن النقلي البناء والاشجار) يعني فتقسم، وقوله: حيث لم تتبدل إلخ متعلق بهذا المقدار.

وعبارة شيخه في حاشية المنح في هذا المحل: أقول: دخل في النقلي البناء والاشجار لانها من قسم المنقولات كما صرح به في البحر في كتاب الدعوى، فتجري فيه قسمة الجبر حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة وإن تبدلت بها لا تجوز كالبئر والحائط والحمام ونحوها تأمل اه.." (١)

"أقول: وبعد التقييد بالحيثية المذكورة لا ينافيه ما في المبسوط حيث قال: بناء بين رجلين في أرض رجل قد بنياه بإذنه ثم أرادا قسمته وصاحب الارض غائب فلهما ذلك **بالتراضي**، وإن امتنع أحدهما لم يجبر عليه اه.

ونظمه ابن وهبان.

تأمل.

قوله: (وقالا يقسم) أي العقار المدعى إرثه باعترافهم كما يقسم في الصور الاخر، وهي النقلي مطلقا والعقار المدعى شراؤه أو ملكيته المطلقة.

لهما أه في أيديهم، وهو دليل الملك ولا منازع لهم.

وله أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه في الزوائد كأولاد ملكه وأرباحه حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، وبالقسمة ينقطع حقه

عنها فكانت قضاء عليه بإقرارهم، وهو حجة قاصرة فلا بد من البينة، بخلاف المنقول لانه يخشى عليه التلف والعقار محصن، وبخلاف العقار المشترى لانه زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة على الغير، وبخلاف المدعى ملكيته المطلق ة لانهم لم يقروا بالملكية لغيرهم، هذا حاصل ما في الدرر وشرح المجمع.

قوله: (ولا إن برهنا) عطف على قوله لا يقسم قال العيني تبعا لزيلعي: وهذه المسألة بعينها هي المسألة السابقة وهي قوله أو ملكه مطقا، لان المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم ولم يشترط فيها إقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدوري، وشرط ها هنا وهو رواية الجامع الصغير، فإن كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه ما يدل على ذلك، وإلا فتقع المسألة مكررة اه.

وأجاب المقدسي بحمل ما في الجامع على ما إذا ذكر أنه بأيديهما فقط وبرهنا عليه فلا يكون من اختلاف الروايتين لاختلاف الموضوع فلا تكرار اه.

أقول: وهو الظاهر من قول الهداية.

وفي الجامع الصغير: أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما لم تقسم حتى يبرهنا أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما: أي بوديعة أو بإجارة أو إعارة كما قال الش ا رح، وهكذا قرره في العزمية، فافهم.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٥٦٣

قوله: (اتفاقا في الاصح) قال في الهداية بعد ما نقلناه آنفا: ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة، وقيل قول الكل وهو الاصح، لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليها وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز.

قوله: (فتكون قسمة حفظ إلخ) وهي ما تكون بحق إليه لاجل الحفظ والصيانة كقسمة المودعين الوديعة بينهما للحفظ، وقسمة الملك ما تكون بحق الملك لتكميل المنفعة كما في غاية البيان.

قوله: (ولو برهنا) أي برهن بالغان حاضران فيكون الصغير أو الغائب ثالثهما فصار الورثة متعددين، فلذا أتى بضمير الجمع في قوله فيهم وبينهم، وأتى به مثنى في قول معهما: أي مع اللذين برهنا مخالفا لما في الهداية لما سيذكره أنه لو كان مع الصغير أو الغائب شئ منه لا يقسم، وإن أجيب عن الهداية بأنه مبني على أن أقل الجمع اثنان.." (١)

"لكن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوا منه لانه لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا يمنعهم منه، لان القاضي لا يمنع من أقدم على إتلافي ماله في الحكم اه.

وعزاه ابن الكمال للمبسوط، وذكر الطوري أن فيه روايتين.

قوله: (لئلا يعود على موضوعه بالنقض) يعني أن موضوع القسمة الانتفاع بملكه على وجه الخصوص وهو مفقود هنا.

حلبي.

قوله: (في المجتبى إلخ) أراد به بيان المراد بالانتفاع المذكور في المتن، وإلا فنحو الحمام قد ينتفع به بعد القسمة لربط الدواب ونحوه كما قدمناه.

قوله: (وقسم عروض اتحد جنسها) لان القسمة تميز الحقوق، وذلك ممكن في الصنف الواحد كالابل أو البقر أو الغنم أو الثياب أو الدواب أو الحنطة أو الشعير، يقسم كل صنف من ذلك على حدة.

جوهرة.

قوله: (بعضهم في بعض) أي بإدخال بعض في بعض، بأن أعطى أحدهما بعيرا والآخر شاتين مثلا جاعلا بعض هذا في مقابلة ذاك.

درر.

قوله: (فتعتمد **التراضي** إلخ (لان ولاية الاجبار للقاضي تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة.

درر.

قوله: (ولا الرقيق) لان التفاوت في الآدمي فاحش فلا يمكن ضبط المساواة، لان المعاني المقصودة منه: العقل والفطنة والصبر على الخدمة الاحتمال والوقار والصدق والشجاعة والوفاق، وذلك لا يمكن الوقوف عليه فصاروا كالاجناس المختلفة، وقد يكون الواحد منهم خيرا من ألف من جنسه.

قال الشاعر: ولم أر أمثال الرجال تفاوتا * إلى الفضل حتى عد ألف بواحد

بخلاف سائر الحيوانات لان تفاوتها يقل عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٤٥٦

الحيوانات جنس واحد.

جوهرة.

قوله: (وحده) اعلم أنه إذا كان مع الرقيق دواب أو عروض أو شئ آخر قسم القاضي الكل في قولهم، وإلا فإن ذكور أو إناثا فكذلك عنده، وإن ذكورا وإناثا فلا إلا برضاهم.

والحاصل: أن عند أبي حنيفة لا يجوز الجبر على قسمة الرقيق إلا أن يكون معه شئ آخر هو محل لقسمة الجمع كالغنم والثياب فيقسم الكل قسمة جمع.

وكان أبو بكر الرازي يقول: تأويل هذا المسألة أنه يقسم برضا الشركاء، فأما مع كراهة بعضهم فالقاضي لا يقسم.

والاظهر أن قسمة الجبر تجرى عند أبي حنيفة باعتبار أن الجنس الآخر الذي مع الرقيق يجعل أصلا في القسمة، والقسمة جبرا تثبت فيه فتثبت في الرقيق أيضا تبعا.

وقد يثبت حكم العقد في الشئ تبعا وإن كان لا يجوز إثباته مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف.

كذا في شروح الهداية والكنز والدرر.

فما مشى عليه في المنح خلاف الاظهر.

قوله: (كما تقسم الابل) أي ونحوها كالبقر والغنم.

قوله: (ورقيق." (١)

"على ذلك اه قال الرملي: ويستثنى منه ما إذا كانا في مصرين فقولهما كقوله اه.

أقول: ولعل هذا في زمانهم، وإلا فالمنازل والبيوت ولو من دار واحدة تتفاوت تفاوتا فاحشا في زماننا، يدل عليه قولهم هنا: لان البيوت لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر أجرة واحدة في كل محلة، وكذا ما ذكروه في خيار الرؤية، وإفتاؤهم هناك بقول زفر من أنه لا بد من رؤية داخل البيوت لتفاوتها.

تأمل.

قوله: (أو مصرين) مكرر مع قول المتن أولا اه ح.

قوله: (إذا كانت كلها في مصر واحد أو لا) لو قال ولو في مصر لكان أخصر وأظهر اه ح.

قوله: (فقولهما كقوله) الاولى أن يقول فكقوله.

قوله: (ويصور القاسم إلخ) أي ينبغي إذا شرع في القسمة أن يصور ما يقسمه بأن

يكتب في كاغده أن فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه إن أراد رفعه للقاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله: أي يسويه، ويروي يعزله: أي يقطعه بالقسمة عن غيره لي‌عرف قدره.

عناية.

قوله: (ويذرعه) شامل للبناء، لما قال الزيلعي: ويذرعه يقوم البناء لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم، ولا

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥٦٧/٦

بد من معرفتهما ليمكن التسوية في المالية، ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء اه.

شرنبلالية.

قوله: (ويفرز إلخ) بيان للافضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز.

هداية وغيرها.

والظاهر أن معناها: إذا شرط القاسم ذلك فلا ينافي ما يأتي من أنه إذا لم يشترط فيها صرف إن أمكن وإلا فسخت القسمة، فافهم.

قوله: (لتطيب القلوب) أشار إلى أن القرعة غير واجبة، حتى أن القاضي لو عين لكن واحد نصيبا من غير إقراع جاز لانه في معنى القضاء فملك الالزام.

هداية.

مطلب في الرجوع عن القرعة تنبيه: إذا قسم القاضي أو نائبه بالقرعة فليس لبعضهم الاباء بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت إلى إبائه قبل خروج القرعة، ولو القسمة **بالتراضي** له الرجوع، إلا إذا خرج جميع السهام إلا واحدا لتعين نصيب ذلك الواحد وإن لم يخرج، ولا رجوع بعد تمام القسمة.

نهاية.

قوله: (فمن خرج اسمه أولا إلخ) بيانه: أرض بين جماعة لاحدهم سدسها والآخر نصفها ولآخر ثلثها يجعلها أسداسا اعتبارا بالاقل ثم يلقب السهام بالاول والثاني إلى السادس ويكتب أسامي الشركاء ويضعها في كمه، فمن خرج اسمه أولا أعطي السهم الاول، فإن كان صاحب السدس فله الاول، وإن صاحب الثلث فله الاول والذي يليه، وإن صاحب النصف فله الاول واللذان يليانه كما في العناية.

قوله: (واعلم أن الدراهم) قيد الدراهم في الدرر بالتي ليست من التركة، وذكر في الشرنبلالية أنه غير احترازي فلا تدخل في القسمة ولو من التركة.

أقول: وما في الدرر ذكره ابن الكمال والقهستاني وشراح الهداية كالمعارج والنهاية الكفاية.

وعلل المسألة الزيلعي بأنه لا شركة فيها، ويفوت به التعديل أيضا في القسمة، لان بعضهم يصل إلى." (١)

"تسمع دعواه ولا يكون تناقضا.

رملي.

قوله: (لم تقبل بينته) لدخول البناء والنخل تبعا، فلو اقتسموا شجرا أو بناء فادعى أحدهما الارض كلها أو بعضها جاز لعدم التبعية لجواز كونه مشتركا دون الارض.

ففي الخلاصة وغيرها: لو ادعى شجرا فقال المدعى عليه ساومني ثمره أو اشتر مني لا يكون دفعا لجواز كونه الشجر له والثمرة لغيره وهي واقعة الفتوى، وأفتيت بسماعها لما ذكر.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥٦٩/٦

رملي ملخصا.

قوله: (ليس له أن يجبره على قطعها) أي الاغصان.

قال في الخانية: كما لو وقع في قسم أحدهما حائط عليه جذوع للآخر فإنه لا يؤمر برفعه.

قوله: (لانه استحق الشجرة بأغصانها) أي على هذه الحالة

ط.

قوله: (بغير إذن الآخر) وكذا لو بإذنه لنفسه لانه مستعير لحصة الآخر، وللمعير الرجوع متى شاء.

أما لو بإذنه للشركة يرجع بحصته عليه بلا شبهة.

رملي.

على الاشباه.

قوله: (وإلا هدم البناء) أو أرضاه بدفع قيمته.

ط عن الهندية.

أقول: و في فتاوى قارئ الهداية: وإن وقع البناء في نصيب الشريك قلع وضمن ما نقصت الارض بذلك اه.

وقد تقدم في كتاب الغصب متنا أن من بنى أو غرس في أرض غيره أمر بالقلع، وللمالك أن يضمن له قيمة بناء أو غرس أمر بقلعه إن نقصت الارض به، والظاهر جريان التفصيل هنا كذلك.

تأمل.

قوله: (في عقار أو غيره) لم أر هذا التعميم لغيره وإن كان ظاهر المتن، لان المصنف عزاه للبزازية.

وعبارتها: قسموا الاراضي وأخذوا حصتهم إلخ، فهو خاص بالعقار كما يظهر قريبا.

قوله: (لان قسمة **التراضي**) كذا في غالب النسخ، وفي بعضها الاراضي وهو الذي في المتن، وهكذا رأيته في البزازية وغيرها.

وعلل في الذخيرة بأن القسمة في غير المكيل والموزون في معنى البيع فكان نقضها بمنزلة الاقالة اه.

أقول: والظاهر منه أن القسمة في المثلي لا تنتقض بمجرد **التراضي** لانها ليست بعقد مبادلة، لان الراجح فيه جانب الافراز كما مر.

نعم إذا خلطوا م ا قسموه من المثلى برضاهم تجددت شركة أخرى، وبه ظهر ما ذكرناه آنفا.

تأمل.

قوله: (ومبادلتها) عبارة البزازية: وإقالتها.

قوله: (جزم بالقيل في." (١)

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٥٧٥

"كتاب المزارعة وتسمى المخابرة والمحاقلة، ويسميها أهل العراق: القراح، وبيانه في المنح.

قوله: (مناسبتها ظاهرة) وهي قسمة الخارج.

قوله: (هي لغة مفاعلة من الزرع) ذكر في البدائع أن المفاعلة على بابها، لان الزرع هو الانبات لغة وشرعا، والمتصور من العبد التسبب في حصول النبات، وقد وجد من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين منه بإعطاء الآلات إلا أنه اختص العامل بهذا الاسم في العرف كاسم الدابة لذوات الاربع اه.

أو يقال: إن المفاعلة قد تستعمل فيما لا يوجد إلا من واحد كالمداواة والمعاجلة.

قال الحموي: ولا حاجة إلى هذا كله، فإن الفقهاء نقلوا هذا اللفظ وجعلوه علما على هذا العقد اه.

أبو السعود ملخصا.

أقول: وفيه نظر، فإن الكلام في المعنى اللغوي لا الاصطلاحي.

تأمل.

قوله: (من الزرع) هو طرح الزراعة بالضم: وهو البذر، وموضعه المزرعة مثلثة الراء كما في القاموس، إلا أنه مجاز حقيقته الانبات، ولذا قال (ص): لا يقولن أحدكم زرعت بل حرثت أي طرحت البذر كما في الكشاف وغيره.

قهستاني.

قوله: (عقد على الزرع) يصح أنه يراد بالزرع الصدر واسم المفعول، لما في البزازية: زرع أرض غيره بغير إذنه ثم قال لرب الارض ادفع إلي بذري فأكون أكارا: إن البذر صار مستهلكا في الارض لا يجوز، وإن قائما يجوز، معناه: أن الحنطة المبذورة قائمة في الارض ويصير الزارع مملكا الحنطة المزروعة بمثلها وذا جائز، لكن تفسد المزارعة لعدم الشرائط، وإذا لم يتناه الزرع فدفعه إلى غيره مزارعة ليتعاهده صح لا إن تناهى اه.

سائحاني.

قوله: (ببعض الخارج) لا ينتقض بما إذا كان الخارج كله لرب الارض أو العامل فإنه ليس مزارعة، إذ الاول استعانة من العامل والثاني إعارة من المالك كما في الذخيرة.

قهستاني.

قوله: (وأركانها إلخ) وحكمها في الحال ملك المنفعة وفي المآل الشركة في الخارج، وصفتها أنها لازمة من قبل من لا بذر له فلا يفسخ بلا عذر، وغير لازمة ممن عليه البذر قبل إلقاء البذر في الارض فملك الفسخ بلا عذر حذرا عن إتلاف بذره، بخلاف المساقاة فإنها لازمة من الجانبين لعدم لزوم الاتلاف فيها.

بزازية موضحا.

قوله: (ولا تصح عند الامام) إلا إذا كان البذر والآلات لصاحب الارض والعامل فيكون الصاحب مستأجرا للعامل والعامل للارض بأجرة ومدة معلومتين ويكون له بعض الخارج **بالتراضي**، وهذه حيلة زوال الخبث عنده، وإنما لم يصح بدونها لاختلاف فيه من الصحابة والتابعين لتعارض الاخبار عن سيد المرسلين صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم الدين كما في

المبسوط.

وقضى أبو حنيفة بفسادها بلا حد.

ولم ينه عنها أشد النهي كما في الحقائق، ويدل عليه أنه فرع عليها مسائل كثيرة، حتى قال." (١)

"السراجية إلخ) المقصود من نقله بيان المضمون.

قوله: (فيضمن فضل ما بينهما) أي نصف الفضل كما في الخانية.

قوله: (لا يضمن) لانه ليس بتقصير.

قوله: (وإلا ضمن) أي لو المزارعة صحيحة كما مر.

قوله: (شرط عليه الحصاد إلخ) هذا بناء على الاصح من صحة اشتراطه عليه.

قوله: (ترك حفظ الزرع إلخ) هذا إذا لم يذرك الزرع، فأما إذا أدرك فلا ضمان على المزارع بترك الحفظ.

هندية عن الذخيرة.

وسيأتي أنه على العامل للعرف ط.

قوله: (حتى أكله كله) التقييد بالكل اتفاقي فيما يظهر ط.

قوله: (زرع أرض رجل إلخ) قدمنا الكلام عليه في كتاب الغصب مستوفى، فراجعه.

قوله: (حرث) أي زرع قاموس، وقوله بين رجلين: أي مشترك بينهما لا بالمزارعة، لان المزارع يضمن إذا قصر بلا مرافعة كما قدمه، وما ذكره هنا في جامع الفصولين، وكذا في التاترخانية عن أبي يوصف.

قوله: (أبى أحدهما) أي امتنع عن السفي لما طلب الآخر منه أن يسقيه معه.

قوله: (أجبر) أي أجبره الحاكم، وهذا أحد قولين قدمناهما في آخر القسمة عن الخلاصة.

ثانيهما: أنه لا يجبر ويقال للطالب اسقه وأنفق ثم

ارجع بنصف ما أنفقت.

ونقل الثاني في التاترخانية عن جامع الفتاوى مقتصرا عليه.

قوله: (وإن رفع إلى القاضي إلخ) وجه الضمان أنه بأمر القاضي تحقق الوجوب عليه كالاشهاد على صاحب الحائط المائل، فإذا امتنع بعده وفسد الزرع صار فيضمن حصة شريكه، لان الزرع مشاع بينهما لا يمكن شريكه أن يسقي حصته منه، ولا يلزمه سقي الجميع وحده، ولا يمكنه قسمته جبرا ولا **بالتراضي** ما لم يتفقا على القلع كما قدمناه في القسمة، هذا ما ظهر لي، فافهم.

قوله: (شرط البذر إلخ) ذكر في جامع الفصولين مسائل من هذا النوع.

ثم قال: فالحاصل: أنه لو كان البذر لرب الارض أو المزارع وزرعه أحدهما بلا إذن الآخر ونبت الزرع أو لم ينبت حتى

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥٨٢/٦

قام عليه الآخر بلا إذنه حتى أردك، ففي كل الصور يكون الخارج بينهما إلا في صورة واحدة.

وهي أن يكون البذر لرب الارض وزرعها ربها بلا إذن المزارع ونبت ثم قام." (١)

"على أنها بيضاء لا نخل فيها فإذا فيها نخل أو باع دارا على أن بنائها من آجر فإذا هو من اللبن كان فاسدا ولو باع دارا على أن فيها بناء ولا بناء فيها أو قال بعلوها وسفلها ولا علو لها جاز البيع ويخبر المشتري إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك * وكذا لو باعها بأجذاعها أو بأبوابها ولا جذع فيها جاز البيع ويخير المشتري فإن كان فيها جذع جاز البيع ولا يخير المشتري فغن كان فيها جذع جاز البيع ولا يخير المشتري ولو قال بعتكها بما فيها من الأجذاع والأبواب وليس فيها شيء جاز البيع ولا خيار للمشتري ولو باع أشجارا على أن الكل مثمر فوجدوا حدة منها غير مثمرة قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى فسد البيع لأن المثمرة وغير المثمرة جنسان فإذا لم يدخل غير المثمرة في العقد والثمن جملة فسد العقد كما لو باع مائة شاة إلا واحد ولم يبين ثمن كل واحد فسد البيع وإن بين ثمن كل شجرة وثمن كل شاة جاز البيع ويخير المشتري * رجل اشترى وزنيا في ظرفه على أن يزن الظرف فما ظهر وزونه يسقط حصته من الثمن جاز البيع فلو أن المشتري باع السلعة قبل أن يزن الظرف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز بيع المشتري وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز * رجل له جملة مشمش أو تفاح فباع منها بعضها غير مميز قال الفقيه أبو حفص رحمه الله تعالى المشمش والتفاح والخوارزمي إذا كان من شجر واحد فهو من العددي المتقارب فإذا باع بعضها غير مفرز وظاهره غير متفاوت جاز البيع (٢) وإن كان ذلك من شجرين فباع منها بعضها غير مميز لا يجوز * ولو اشترى عددا من بطيخ أو خيار أو رمان فيه الصغير والكبير بكذا درهما والجملة أكثر مما باع لا يجوز فغن أفرز عددا وعزل ذلك من الجملة وتراضيا جاز البيع ويقع البيع على المعزول عند التراضي وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى * رجل باع متر و ك التسمية عمدا وقضى القاضي بجوز البيع لا يجوز كما لو قضى بجواز بيع أم الولد * رجل اشترى دهنا ودفع القارورة إلى الدهان وقال للدهان ابعث القارورة إلى منزلي على يد غلامك فانكسرت القارورة في الطريق قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى يهلك الدهن من مال البائع وإن قال للدهان ابعث القارورة على يد غلامي والمسألة بحالها يهلك على المشتري * رجل باع جارية الغير بغير إذن المولى وزوجها رجل أخر بغير إذن المولى وأعتقها فضولي فأخبر المولى وقال أجزت جميع ذلك قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى نفذ العتق وبطل ما سواه * رجل اشترى منا من الفانيذ فوجد المشتري واحدا اسود ورده على البقال فأعطاه فانيذا آخر بغير وزن جاز * وكذا لو وجد أخرى فردها وأعطاه مكانها بغير وزن وإن رد ثلاثا فأعطاه البقال ثلاثا بغير وزن لا يجوز لأن هذا مما يدخل تحت الوزن فل ا يجوز إلا أن يوزن * قال وفي الخبز إذا وجد واحدا محترقا فرده على الخباز فأعطاه خبزا آخر لا يجوز لأن هذا مما يدخل تحت الوزن فإن لخمسة أساتير وعشرة أساتير وزنا وحجرا فلا يجوز فيه المجازفة * أرض فيها زرع فباع الأرض بدون الزرع أو الزرع بدون الأرض جاز * وكذا لو باع نصف الأرض

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥٩٢/٦

(٢) ١٤٥

بدون الزرع وإن باع نصف الزرع بدون الأرض لا يجوز إلا أن يكون الزرع بينه وبين الأكار فيبيع الإكار نصيبه من صاحب الأرض جاز وإن باع صاحب الأرض نصيبه من الأكار لا يجوز هذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض فإن كان من قبل الأكار ينبغي أن يجوز * ولو باع نصف الأرض مع نصف الزرع جاز * رجلان بينهما دار فباع أحدهما نصفا شائعا من بيت معين من تلك الدار ذكر في المنتقى أنه لا يجوز (١) في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن شريكه يتضرر بذلك عند القسمة * وكذا لو باع بيتا معينا من تلك الدار لا يجوز * رجلان بينهم ا عشرة أغنام أو عشرة أثواب هروية فباع أحدهما نصف ثوب معين من الجملة ذكر في المتقى أنه يجوز قال وهذا لا يشبه الدار ولو كان بينهما أرض ونخل فباع أحدهما نصف شجر من رجل لا يجوز كما لو كانت الدار بين رجلين فباع أحدهما قطعة بعينها من رجل قبل القسمة لا يجوز في نصيب واحد منهما * وكذا لو كانت الدار لرجل فباع نصف بنائها من غير أرض من رجل لا يجوز ولو باع من الشاة المسلوخة الأيدي أو الأرجل اختلف المشايخ فيه قال أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى لا يجوز لأنهما مختلفان في القطع وقال محمد بن سلام رحمه الله تعالى يجوز والصحيح هو الأول * بيع ورق الفرصاد قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى لا يجوز ما دام في الزيادة ويجوز بعد التناهي * ولو اشترى رطبة من البقول أو قثاء على الساق قال الشيخ الإمام هذا لا يجوز لأنه ينمو من أسفله ساعة فساعة كالصوف والوبر والشعر ف ي ختلط المبيع." (٢)

"(٣) وحقك الذي في يي أو يقول قد قسمنا ذلك ولكن أخذت أنا بعض حقي دوهن بقض لا يسمع دعواه ولا الخصومة منه بعد ما أشهد على القبض والاستيفاء * ومنها أن يقع المنازع بينهما في التقويم فيقول أحدهما قيمتها أكثر مما قومته وينكر الآخر ففي هذا الوجه لا يقبل قوله ولايسمع دعواه كذا ذكره في الأصل* وقال الفقيه أبو بكر البلخي إن كان التفاوت يسيرا فهو كما قال في الكتاب وإن كان التفاوت كثيرا يرجى أن يسمع دعواه وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يسمع دعواه* رجلان اقتسما دارين وأخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى أحدهما غلطا أن له كذا كذا ذراعا في الدار التي في يد صاحبه فضلا في القسمة وأقام البينة على ذلك ذكر في الأصل أنه يقضي له بذلك الذرع ولا يعاد القسمة وليس هذا كالدار الواحدة * قيل هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى * أما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى القسمة فاسدة و ا لداران بينهما نصفان لأن عنده لا يجري قسمة الجبر في الدارين فيكون هذه القسمة بمنزلة البيع ولو باع كذا كذا ذراعا من الدار التي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز * فكذا إذا شرط ذلك لأحدهما في القسمة في دار صاحبه كانت القسمة فاسدة وعندهما بيع كذا كذا ذراع من الدار جائزة * فكذا إذا شرط ذلك في القسمة * وأما في الدار الواحدة معنى التميز في القسمة غالب على معنى المعاوضة ولهذا يجري فيه الجبر فإذا

---

(١) ١٤٦

(٢) قاضي إمام فخر الدين خان، ٧٢/٢

(٣) ١٥٤

شرط لأحدهما كذا كذا ذراعا في نصيب صاحبه يبقى الشيوع والشركة * رجلان اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما قرحة والأخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القرحين أحد الأقرحة التي في يد صاحبه وأقام البينة أنه أصاحبه في القسمة فإن يقضي له لأنه أثب الملك لنفسه في ذلك بالحجة وكذا هذا في الأثواب فإن لم يكن له بينة كان له أن يستحلف الذي في يده* وإن أقام كل واحد منهما البينة أن ذلك أصابه في ال قسمة فإنه يقضى لبينة الخارج لأن دعواهما دعوى الملك فترجع بينة الخارج لأنه هو المحتاج إلى إقامة البينة وكذا هذا في بيوت الدار ودعوى الغلط إنما تسمع إذا لم يقر بالاستفتاء أما إذا أقر بالاستفتاء لا تسمع دعوى الغلط والغبن إلى إذا ادعى الغصب فحينئذ تسمع دعواه* وإذا ادعى أحد الشركاء القسمة وأبى الباقون فاستأجر الطالب قساما كان الأجر عليه خاصة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى * وقال صاحباه رحمهما الله تعالى يكون على الكل * وإذا أنكر بعض الشركاء القسمة فشهد قاسم القاضي على القسمة مع غيره جازت شهادته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى * وقال محمد لا تقبل شهادته* إذا اقتسم القول شيئا ميراثا أو غير ذلك ثم ظهر الغبن الفاحش في القسمة إن كان القسمة بقضاء القاضي يبطل عند الكل وإن كانت بالتراضي اختلفوا فيه * قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى إن قال قائل بأن للمغ بون أن يبطل القسمة وإن قال قائل ليس له أن يبطل

(١) فله وجه * وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى له أن يسمع دعوى الغلط والغبن الفاحش وله أن يبطل القسمة لو كانت القسمة بقضاء القاضي وهو الصحيح وإن اقتسما محدودا ثم اختلفا في الحد فقال أحدهما هذا الحد لي وقد دخل في نصيب صاحبي وقال الآخر هذا الحد له وقد دخل في نصيب صاحبي فإن قامت البينة لهما جميعا قال في الكتاب أخذت بينة هذا وبينة ذلك لأن كل واحد منهم يثبت الملك لنفسه في جزء بعينه مما في يد صاحبه واجتمع في ذلك الجزء بينة في اليد والخارج فيقضي ببينة الخارج * وللقاسم أن يستعمل القرعة وقاسم القاضي وقاسم غيره فيه سواء ثم إن كان القاضي هو القاسم أو نائبه فليس لبعض الشركاء أن يرد ذلك بعد خروج السهام كما لا يلتفت إلى إباء البعض قبل خروج القرعة * وإن كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فرجع البعض بعد خر و ج بعض السهام كان له ذلك إلا إذا خرج السهام كلها إلا واحد الآن بخروج بعض السهام لا تتم القسمة فكان الرجوع فيها كرجوع البائع قبل قبول المشتري أما إذا خرجت السهام إلا واحدا تمت القسمة فلا يملك الرجوع* وذكر الناطفي رحمه الله تعالى أن القرعة أنواع ثلاث* الأولى لإثبات حق البعض وإبطال حق البعض وإنها باطلة كما لو أعتق أحد عبديه بغير عينه ثم يقرع * والأخرى لتطييب النفس وإنها جائة كالقرعة بين النساء للسفر والقرعة بين النساء في البداءة في القسم * والثالث لإثبات حق واحد في مقابلة مثله فيفرز حق كل واحد منهما وهي جائزة

((فصل في قسمة الوصي والأب))." (٢)

---

(١) ١٥٥

(٢) قاضي إمام فخر الدين خان، ٦٩/٣

"ماء النهر ثم يعيده إلى النهر الخاص وذلك لا يضر بأهل النهر الخاص قال ليس له ذلك لأن النهر الخاص من أعلاه إلى أسفله مشترك بينهم فلا يكون لأحد أن يحدث فيه حدثا ولا أن يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة الجسر اسم لما يتخذ من الألواح والخشب يوضع ثم يرفع القنطرة ما يتخذ من الآجر الحجر بعدما اتخذ في موضع لا يرفع عن ذلك الموضع . وكذا البئر والعين بين قوم فالشركة فيه خاصة وكذلك نهر بين رجلين لهذا النهر خمس كرى من النهر الأعظم وأرض أحد الرجلين في أعلى هذا النهر الخاص وأرض الآخر في أسفله فقال صاحب الأعلى إني أسد بعض هذه الكوى لأن ماء النهر يكثر فيفيض في أرضي وتتزمنه أرضي ولا يصل إليك الماء إلا بعد أن يقل فيأتيك من الماء ما ينفعك قال ليس له ذلك لأنه يقصد الإضرار بشريكه بسد بعض الكوى فلا يكون له ذلك كما لا يكون له أن يسكر النهر وكذا لو قال اجعل لي ينصف هذا النهر ولك نصفه إذا كان في حصتي سددت منها ما بدا لي وأنت في حصتك تفتح كلها ليس له ذلك لأن القسمة تمت بينهما بالكوى فلا يملك أحدهما نقض تلك القسمة إلا أن يتراضيا على ذلك فإن تراضيا على ذلك وأقاما على هذا **التراضي** زمانا ثم بدا لصاحب الأسفل أن ينقض كان له ذلك لأن ذلك كان إعارة الإعارة غير لازمة وكذا لو مات أحدهما كان لوارثه أن ينقض ما تراضيا عليه وسئل أبي يوسف رحمه الله تعالى عن نهر بين قوم يأخذ الماء من هذا النهر الأعظم فلكل واحد من هذا القوم في هذا النهر الخاص كوى مسماة فأراد أحدهم أن يسد كوة له ويفتح كوة أخرى أعلى من الأخرى في هذا النهر قال ليس له ذلك لأنه يكسر ضفة النهر المشترك ويريد به أن يزيد الماء في حقه لأن دخول الماء في أعلى النهر في كوة يكون أكثر من دخوله في أسفل النهر في يمثل هذه الكوة فرق بين هذا وبين الطريق. رجل له دار في سكة غير نافذة وأراد أن يجعل باب الدار في أعلى السكة كان له ذلك لأن ثمة له حق المرور والدخول في السكة وبذلك لا يزيد حقه سواء أكان بابه في أعلى السكة أو في أسفلها أما ههنا حقه في الماء يزداد بفتح الكرة في أعلى الدار ولو أن من له طريق في سكة غير نافذة أراد أن يجعل بابه في أسفل السكة اختلفوا فيه قال بعضهم ليس له ذلك لأنه يزداد طريقه ومروره في السكة وفي الكتاب قال له ذلك وسوى بين الفصلين وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى وسئل أبو يوسف رحمه الله تعالى أيضا عن رجل جعل به أمير خراسان (١)شربا من النهر لم يكن له ذلك فيما مضى أو كان له شرب كوتين فزاد له مثر ذلك وأقطعه إياه وجعل مفتحه من أرض يملكه أو في أرض لا يملكه قال إن كان ذلك يضر بالعامة لم يجز ويجوز إذا لم يضر كما لا يجوز للإمام أن يأخذ شرب أحدهم ويعطي غيره وسئل أيضا عن نهر بين قوم يأخذ الماء من النهر الأعظم فمنهم من له فيه كوتان ومنهم من يكون له ثلاث كوى فقال صاحب الأسفل لصاحب الأعلى إنكم تأخذون من الماء أكثر من نصيبكن لأن كثرة الماء ورفعه يكون في أعلى النهر فيدخل في كواكم شيء كثير ونحن لا نرضى بهذا ونجعل لكم أياما معلومة ونسد في أيامكم كوانا ولنا أياما معلومة وأنتم تسدون فيها كواكم قال ليس له ذلك ويترك على حاله كما كان قبل اليوم. وكذا لو اختصم أهل النهر فادعى بعضهم زيادة لم يكن له أن يتعرض لأصحابه إلا بحجة ويترك على حاله والأصل في جنس هذا أن ما كان قديما يترك على حاله ولا يغير إلا بحجة. نهر في سكة غير نافذة أراد رجل من أهل السكة أن يدخل الماء في داره من

---

(١) ٢١١

ذلك النهر ويسقي بستانه وتمنعه الجيران عن ذلك قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى إن كان حديثا كان له المنع وإن كان قديما كان له ذلك بمنزله الظلة فوق السكة. نهر بين قوم غطى رجل مجرى الماء قال أبو القاسم رحمه الله تعالى إذا لم يكن ذلك قديما فالأرباب ا لمجرى أن يأخذوه بالكشف ورفع الغطاء بالوعة قديمة لرجل على شفة النهر يدخل في سكة غير نافذة قال أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى لا عبرة للقديم والحديث في هذا ويأمر برفعه فإن لم يرفع برفع الآمر إلى صاحب الحبسة ليأمره بالرفع. نهر لقوم حفروه وألقوا التراب في أرض رجل فيها هذا النهر قال أبو القاسم رحمه الله تعالى يأخذون برفع ما جاوزا لحريم وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في سكة غير نافذة فيها نهر حفروها ألقوا التراب فيها قال يأخذون برفع التراب. نهر بين قوم لهم عليه أراضي لبعضهم عليه سواق وللبعض عليه دوال وللبعض عليه أرض ليس لأرضه على هذا النهر دالية ولا سائية وليس لها شرب معروف من هذا النهر ولا من غيره اختصموا فادعى صاحب الأرض أن لها شربا من هذا النهر وهذه الأرض على شاطئ النهر ذكر في الكتاب أن النهر في القياس يكون بين أصحاب السواقي والدوالي لا لصاحب الأرض وفي الاستحسان يكون النهر بينهم على قدر أراضيهم التي تكون على شط النهر. وإن كان يعرف لهم شرب قبل ذلك فهو على ذلك المعروف وإن لم يتم النهر بينهم على قدر أراضيهم." (١)

"الأرض فكبرت كانت الشجرة للغارس وعليه قيمة التالة يوم قلع التالة ويؤمر الغاصب بقلع الشجرة فإن كان القلع يضر بالأرض كان لصاحب الأرض أن يعطيه قيمة الشجرة المقلوعة، رجل قطع أشجار كرم لإنسان كان عليه قيمتها، وطريق معرفة القيمة أن يقوم الكرم مع الأشجار القائمة ويقوم مقلوع الأشجار فما بينهما يكون قيمة الأشجار فإذا عرفت قيمة الأشجار بعد ذلك يخير صاحب الكرم إن شاء دفع الأشجار المقلوعة إلى الغارس وضمنه تلك القيمة وإن شاء أمسك المقلوعة ويرفع من قيمة الأشجار قيمة الأشجار المقلوعة ويضمنه الباقي، رجل قطع شجرة في دار رجل بغير أمره يخير صاحب الدار إن شاء ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قائمة لأنه أتلف عليه شجرة قائمة، وطريق معرفة تلك القيمة أن تقوم الدار مع الشجرة وتقوم بغير شجرة فيضمنه فضل ما بينهما، وإن أمسك الشجرة وضمنه قيمة النقصان كان له ذلك لأنه أتلف عليه الق ائم، وطريق معرفة ذلك أنه إذا ظهرت قيمة الشجرة القائمة بالطريق الذي قلنا فيما تقدم فبعد ذلك ينظر إلى تلك القيمة وإلى قيمة الشجرة المقطوعة ففضل ما بينهما قيمة نقصان القطع، فإن كانت قيمة المقطوعة وقيمة غير المقطوعة سواء فلا شيء على القاطع لأنه لم يتلف شيئا، رجل له شجرة الجوز أخرجت الشجرة جوزا صغارا رطبة فأتلف إنسان تلك الجوزات كان عليه نقصان الشجرة لأن تلك الجوزات وإن لم تكن لها قيمة وليست بمال حتى لا تضمن بالإتلاف إذا لم تكن على الشجرة فبإتلافها وقطعها تنقص قيمة الشجرة فينظر إلى إن الشجرة بدون تلك الجوزات بماذا تشترى ومع تلك الجوزات بماذا تشترى فيضمن فضل ما بينهما، وكذلك رجل كسر غصنا من أغصان الشجرة القائمة تقوم الشجرة مع الغصن وتقوم بدون الغصن فيضمن فضل ما بينهما، رجل استأجر فأسا ودفع إلى أجير له ليعمل به فذهب به الأجير قال بعضهم يضمن المستأجر قيمة الفأس وقال بعضهم ينظر إن

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ١٠٧/٣

استأجر الأجير أولا لا يضمن، قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغي أن لا يضمن على كل حال لأن المستأجر يملك الإجارة فيملك الإعارة والإيداع، رجل غصب دابة فهلكت وأقام صاحبها البينة أنها هلكت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب بينة أنه ردها وماتت عند صاحبها كانت بينة صاحبها أولى ويقضى على الغاصب بالقيمة، وكذا لو شهد شهود صاحبها أن الغاصب قتلها أو كان المغصوب دارا فأقام البينة أن الغاصب هدم الدار وأقام الغاصب بينة أنه ردها على صاحبها كانت بينة صاحبها أولى لأن القتل وهدم الدار يتصور بعد الرد فيجعل كأن الغاصب ردها ثم هدم الدار وقتل الدابة فكانت بينة صاحبها أولى لأنها (١) تثبت سببا حادثا للضمان، ولو أقام صاحبها البينة أنها ماتت عند الغاصب وأقام الغاصب بينة أنه ردها فماتت عند صاحبها قال أبو يوسف رحمه الله تعالى بينة صاحبها أولى لما قلنا، وقال محمد رحمه ال له تعالى يقضى ببينة الغاصب لأنها قامت على الإثبات وهو إثبات فعل الرد وليس في بينة صاحبها إثبات فعل على الغاصب ولا إثبات سبب الضمان بعد الغصب بخلاف الأول، رجل غصب حنطة وطحنها فإن الدقيق يكون للغاصب وعليه حنطة لصاحبها ثم في القياس للغاصب أن يأكل هذا الدقيق وهو قول زفر رحمه الله تعالى وفي الاستحسان وهو قولنا ليس له أن ينتفع بالدقيق ما لم يؤد الضمان **بالتراضي** أو بقضاء القاضي أو يقضي القاضي عليه بالضمان لأن أجزاء الحنطة تفرقت بالطحن ولم تتبدل فلا يحل له أن يأكل وينتفع به ما لم يتحول المغصوب إلى الغاصب بالضمان وذلك باستيفاء الضمان أو بقضاء القاضي بالضمان، وقيل هذا قول محمد رحمه الله تعالى أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحل له أن يأكل الدقيق وينتفع به لأن ملك المغصوب منه قد تبدل، وكذا إذا غصب لحما وطبخه، وعن هذا قالوا إذا غصب طعاما فمضغه وأكله حل له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه صار مستهلكا بالمضغ فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى شرط الطيب ثبوت الملك بالبدل، وعند صاحبيه رحمهما الله تعالى أداء البدل وقولهما أقرب إلى الاحتياط، وذكر في الأصل إذا غصب حنطة فزرعها أو نوى فغرسه أو تالة فأنبتها أو غصب غزلا فنسجه لا يحل للغاصب أن ينتفع بها قبل أداء الضمان أو يقضي القاضي بالضمان، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في التالة إذا أنبتها الغاصب لا يحل له أن ينتفع بها قبل أداء الضمان وفيما سوى ذلك يحل، رجل غصب جارية فزنت عنده ثم ردها على المالك فولدت عند المالك وماتت في نفاسها ومات الولد أيضا كان على الغاصب قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ليس عليه إلا نقصان الحبل، كما لو غصب جارية صحيحة فحمت عنده فردها محمومة وماتت عند المالك من ذلك فإنه لا يضمن إلا نقصان الحمى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولو غصب جارية فحمت عنده أو ابيضت عينها أو حبلت فردها وأدى معها أرش العين ونقصان الحمى ثم ذهب بياض عينها أو ولدت وسلمت." (٢)

---

(١) ٣\٢٥٥

(٢) قاضي إمام فخر الدين خان، ١٣٦/٣

"من يشهده فإنه يقول أنا مطالب بالشفعة حتى لا يسقط طلبه فيما بينه وبين الله تعالى والغائب إذا علم بالشفعة هو بمنزلة الحاضر في الطلب وبعد ما يشهد له من الأجل مقدار المسافة فإن لم يقدم ولم يوكل من يأخذ له بالشفعة بطلت شفعته

قال طلبت الشفعة لا تبطل ولو قال أطلبها أو أنا طالب لها تبطل والصحيح لا تبطل وفي المحيط إذا طلب بأي لفظ كان ماضيا أو مستقبلا جاز

سمع اليهودي بالبيع يوم السبت فلم يشهد بطلت

الشفيع بالجوار إذا خاف أنه لو طلب الشفعة عند قاض لا يرى الشفعة بالجوار فلم يطلب فهو على شفعته لأنه ترك العذر

وإذا لم يكن للصبي من يأخذ شفعته وقف على بلوغه لقوله صلى الله عليه وسلم ينتظر الشفيع إذا كان غائبا وتسليم الأب والوصي على الصبي جائز خلافا لمحمد وزفر رحمهما الله تعالى

أكره على إسقاط الشفعة أو الإبراء عن دين لم يجز ولم تبطل شفعته ولا يصح تسليم الشفعة مع الهزل ولو سد فمه مكرها ولم يتركه ينطق لم تبطل شفعته

وفي البزازي الحيلة بعد ثبوتها تكره بالاتفاق نحو أن يقول المشتري للشفيع اشتره مني وإن كان قبل الثبوت لا بأس به عدلا كان أو فاسقا في المختار لأنه ليس بإبطال وعلى هذا حيلة الزكاة ودفع الربا

والحيلة على وجوه إما أن يهب بيتا من دار من رجل ثم يبيع بقيتها منه أو يكون داران متلاصقتان تصدق صاحب احدى الدارين بالحائط الذي يلي جاره على رجل وقبضه ثم باع منه ما بقي من الدار أو يشتري عشرة بثمن كثير أو سهما من مائة سهم والباقي بثمن قليل فللشفيع الشفعة في الأول لا في الباقي

ولو خاف البائع أن يفسخ المشتري البيع يبيع الباقي على خيار ثلاثة ايام ولو خاف المشتري أنه إذا اشترى القليل بالثمن الكثير لا يبيع منه الباقي بالثمن يشتري السهم الواحد على خيار ثلاثة أيام فلو أراد الشفيع أن يحلفه بالله ما أردت إبطال الشفعة لم يكن له ذلك لأنه لو أقر به لا يلزمه شيء ولو حلفه أن البيع الأول لم يكن تلجئة له ذلك لأنه ادعى معنى لو أقر به للزمه فيكون خصما

وفي الكروم والأشجار إن أراد الحيلة باع الأشجار أو وهبها بأصلها ثم يشتري الأرض لأنه صار شريكا قبل الشراء فيقدم على الجار أو يقول المشتري له أنا أبيعها منك بالمأخوذ ولا فائدة لك في طلبها فإذا قال الشفيع نعم أو اشتريت بطلت وإنه مكروه اجماعا قاله بكر وقال شمس الأئمة رحمه الله تعالى إنه لا يكره لأنه لم يقصد به الاضرار بالشفيع وقيل إن كان الجار فاسقا يتأذى به فلا يكره وإلا يكره في الأحوال كلها أو يبيع البناء بثمن قليل ولا شفعة فيه ثم يبيع الساحة بثمن كثير فلا يرغب في الساحة لكثرة ثمنها الجملة منتخبة من البزازي والله موفق لطريق الرشاد

نوع في القسمة لا يقسم حمام وحائط وبيت ودكان صغير لأنه لو قسم لا يبقى لكل فائدة وانتفاع فيما يخصه وإن بقي فائدة يقسم بينهما والحوض لا يقسم عشرا في عشر أو أقل وكذا الخشبة الواحدة لو كان في قطعها ضرر ولا يقسم بئر ونهر وقناة الا إذا كانت مع أرض فتقسم وتترك البئر والقناة على الشركة الثوب الواحد لا يقسم الا **بالتراضي**

(١) ".

" الفصل الثاني عشر في الإكراه

وهو عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا

وفي المنبع الإكراه نوعان نوع يرجع إلى المكره ونوع يرجع إلى المكره أما الذي يرجع إلى المكره فهو أن يكون المكره قادرا على تحقيق ما هدد به لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة على الايقاع فإنه إذا لم يكن قادرا على الإكراه يكون هذيانا وفي هذا المعنى لا فرق بين السلطان وغيره هذا على مذهبهما ظاهر لتحقق الإكراه من السلطان وغيره وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقد قيل إنه لا يتحقق الإكراه الا من السلطان أي من السلطان الأعظم لأن القدرة لا تتحقق الا من السلطان وقيل انه يتحقق ممن يملك الحدود والصحيح أن الاختلاف في ذلك اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان لأن زمان أبي حنيفة رحمه الله تعالى لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الإكراه فأفتى على حسب ما عاين وفي زمانهما ظهر الفساد وصار الأمر إلى كل متغلب فتحقق الإكراه من الكل

وفي البزازي نفس الأمر من السلطان بلا تهديد إكراه لأنه لو لم يمتثل يعاقبه وقالا إن كان المأمور يعلم أنه لو لم يفعل ما قاله السلطان يعاقبه كان أمره له بالفعل إكراها

وفي البدائع البلوغ والعقل والتمييز المطلق ليس بشرط لتحقق الاكراه حتى يتحقق من الصبي العاقل إذا كان مطاعا مسلطا ومن البالغ المختلط العقل إذا كان مطاعا مسلطا للقدرة على الايقاع وأما النوع الذي يرجع إلى المكره فهو أن يكون في غالب رأيه أنه لو لم يجب إلى ما دعي إليه تحقق ما أوعد به لأن غالب الرأي حجة يعمل به خصوصا عنه تعذر الوصول إلى اليقين حتى لو كان في أكبر رأيه أن المكره لا يحقق ما أوعده به لا يثبت حكم الاكراه شرعا وإن وجدت صورة الإيعاد لأن الضرورة لم تتحقق ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن في أكبر رأي المكره أنه لو لم يفعل يتحقق ما أوعد به فثبت حكم الاكراه لتحقق الضرورة ولهذا لو كان في أكبر رأيه أنه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر إلى أن يلحقه الجوع المهلك لأزيل عنه الاكراه لا يباح له التناول في الحال وإن كان في أكبر رأيه أنه لو صبر إلى تلك الحالة لا يزول عنه الاكراه يباح له التناول في الحال فدل أن العبرة لغالب الرأي وأكبر الظن دون صورة الإيعاد

وفي الهداية وإذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع لأن من شرط صحة هذه العقود **التراضي** قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ والإكراه بهذه الأشياء

(١) لسان الحكام، ص/٣٠٩

بعدم الرضا فتفسد بخلاف من إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي بها بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا إذا كان رجلا صاحب منصب يعلم أنه يتضرر به فإنه يفوت الرضا

وفي الولوالجي إذا كان الرجل من الأشراف أو من الأجلاء أو من كبراء العلماء أو الرؤساء بحيث يستنكف عن ضرب سوط أو حبس ساعة لم يجز إقراره لأن مثل هذا الرجل يؤثر ألف درهم

". (١)

" بشيء معلوم منهما لكل شهر أو سنة فتجب النفقة المفروضة أو المرضية لما مضى ما داما حيين لأن هذه صلة تجب بقدر الكفاية عند الاحتباس كرزق القاضي في بيت المال فلا بد من التسليم أو التأكيد بقضاء أو تراض وعند الأئمة الثلاثة تجب بدونهما

ولو مات أحدهما بعد أحد هذين أو طلقت بعد القضاء أو **التراضي** قبل قبضها أي قبل قبض الزوجة النفقة من الزوج سقطت النفقة المفروضة بالقضاء والرضاء لأنها صلة ساقطة بأحدهما قبل القبض كالهبة وأطلق الطلاق فشمل البائن والرجعي كما في المنح

وفي الجواهر المفتى به أن الرجعي لا يسقطها وفي خزانة المفتين أن المفروضة لا تسقط بالطلاق على الأصح ورجحه صاحب البحر من وجوه فليطالع

وفيه إشعار بأنها لو لم تعين بأحدهما تسقط بالطريق الأولى كما في المحيط وعند الأئمة الثلاثة لا تسقط إلا أن تكون الزوجة استدانت بأمر قاض فإنها لا تسقط بالموت والطلاق هو الصحيح لأن للقاضي ولاية عامة واستدانتها عليه بأمر القاضي كاستدانة الزوج

ولو عجل أي الزوج أو أبوه لها النفقة أو الكسوة لمدة ثم مات أحدهما قبل تمامها أي المدة فلا رجوع عليها أي لا يسترد شيء منها عند الشيخين وجعله الولوالجي وأصحاب الفتاوى قول أبي يوسف وقالوا الفتوى عليه أطلقه فشمل ما إذا كانت قائمة أو مستهلكة أو هالكة فلا ترد شيئا اتفاقا وإن كانت قائمة أو مستهلكة فكذلك عندهما خلافا لمحمد فإن عنده يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي ولم يذكر حال الطلاق مع أنه صرح في البحر عدم فرق الموت والطلاق في الحكم

وفي الفتح الموت والطلاق قبل الدخول سواء انتهى

فعلى هذا لو قال ثم مات أحدهما أو طلقها لكان أولى

". (٢)

---

(١) لسان الحكام، ص/٣١١

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٨٤/٢

" الألف كما لو غصب ألف إنسان فأدى عتق ثم يرجع المغصوب منه عليه

وإن أدى العبد ألفا كسبها أي العبد الألف بعده أي بعد التعليق لا يرجع المولى عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه لكنه يأخذ الباقي لأن مال المأذون في التجارة للمولى

وفي البحر إن أديت إلي ألفا في كيس أبيض فأداها في أسود لا يعتق ولو قال إذا أديت إلي ألفا هذا الشهر فأنت حر وأداها في غيره لم يعتق وفي المكاتب لا يبطل إلا بالحكم أو **التراضي**

ولو قال لعبده أنت حر بعد موتي بألف فإن قبل العبد بعد موته أي المولى وأعتقه الوارث أو الوصي أو القاضي إذا امتنع الوارث عتق بالألف إلا أي وإن لم يوجد المجموع وهو القبول بعد الموت وإعتاق واحد من هؤلاء فلا يعتق بالألف وإن جاز أن يعتقه الوارث مجانا وصرح الصدر الشهيد بأن الأصح أنه لا يعتق بالقبول بل لا بد من إعتاق الوارث كذا في الهداية فإن قلت ينبغي أن يعتق حكما لكلام صدر من الأهل مضافا إلى المحل وإن كان الميت ليس بأهل للإعتاق ولأن القبول لم يعتبر في حالة الحياة فإذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة إلا بإعتاق واحد منهم لا يكون معتبرا بعد الوفاة أيضا فلا يبقى فائدة لقبوله بعد الموت

قلت أجيب عنه أن العتق الحكمي وإن كان لا يشترط فيه الأهلية يشترط قيام الملك وقته وهنا قد خرج من ملك المعتق وبقي للوارث ومتى خرج عن ملكه لا يقع لوجود الشرط مع وجود الأهلية

". (١)

" وإن كان دينه من خلاف جنس حقه بأن كان نقدا فسرق عرضا قطع لأنه ليس باستيفاء وإنما هو استبدال فلا يتم إلا **بالتراضي** ولم يوجد وكذا لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم إلا أن يقول أخذته رهنا بديني فلا قطع خلافا لأبي يوسف

وفي الهداية وغيره وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له أن يأخذ عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف انتهى

فعلى هذا ينبغي للمصنف أن يعبر بعن كما مر تحقيقه آنفا

وإن كان دينه دنانير فسرق دراهم أو بالعكس ولا يقطع وكذا لو سرق من جنس حقه أجود أو أردأ لأن النقدين جنس واحد حكما وهذا هو الصحيح وقيل يقطع لأنه ليس له حق الأخذ ولا بما قطع فيه مرة ولم يتغير أي إذا سرق مالا فقطع فرده إلى مالكه ثم سرقه ثانيا والحال أنه لم يتغير المسروق عن حالته الأولى حقيقة فإنه لا يقطع استحسانا والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة ودليل الطرفين مبين في المطولات

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/٢٤٤

وإن كان المسروق قد تغير عند أخذه ثانيا قطع ثانيا وفيه إشارة إلى أنه لو باعه مالكه بعد الرد ثم سرقه قطع لأنه يتغير حكما عند مشايخنا وعند مشايخ العراق لا يقطع كغزل نسخ أي لو سرق الغزل فقطع ورد ثم نسج فعاد وسرق ثانيا قطع ثانيا لأنه صار بالتغيير كعين أخرى حتى تبدل اسمه ويملكه الغاصب به وكذا في كل عين فرد على المالك فأحدث فيه صنعة لو أحدثه الغاصب في المغصوب انقطع حق المالك كما في القهستاني

وفي الفتح لو سرق ذهبا أو فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند الإمام خلافا لهما

---

(١) ".

" لأن المنهي عنه هو الشراء لا البيع ويقع غالبا على إخراج المبيع عن الملك قصدا ويتعدى إلى المفعول الثاني بنفسه وبالحرف نحو باعه الشيء وباعه منه وربما دخلت اللام فيقال بعت الشيء وبعت لك فهي زائدة وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها وباع عليه القاضي أي من غير رضاه وكذا الشراء قال الله تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه

ويقع غالبا على إخراج الثمن عن الملك قصدا

ثم البيع لا ينعقد إلا بصدور ركنه من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه كسائر العقود وهذا كما في الحسيات فإنه يحتاج في إيجاد السرير إلى النجار وهو مثل العاقد في مسألتنا وإلى الآلة وهو مثل قوله بعت واشتريت وإلى النجر وهو مثل إخراج هذا القول على سبيل الإنشاء وإلى المحل وهو المبيع وهذا معنى قول أهل الحكمة إن العلة على أربعة أقسام آلية كالفأس ومحلية كالخشب وفاعلية كالنجار وحالية كالنجر

وعلى هذا يخرج مسائل البيوع وغيرها من العقود عند دخول المفسد من حيث الأهل ومن حيث المحل أو غيره فإن بذلك يختلف الأمر فإن العقد لا ينعقد أصلا إذا لم يكن العاقد أهلا

وينعقد موقوفا عند توقف الأهلية وكذلك لا ينعقد عند فوات المحل ومشروعية البيع بقوله تعالى وأحل الله البيع وبالسنة وهي كثيرة وبإجماع الأمة وبالمعقول البيع في الشرع مبادلة مال بمال لم يقل **بالتراضي** ليتناول بيع

---

(٢) ".

" وقيل في عيب لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البائع الأول والأصح أنه لا يرد عليه في الكل كما في الرمز هذا إذا كان الرد بعد القبض أما قبله فله أن يرده على بائعه الأول وإن كان **بالتراضي** في غير العقار كما في المنح وغيره

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/٣٨٦

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٤

ومن قبض ما شراه ثم ادعى عيبا لا يجوز المشتري على دفع ثمنه إلى البائع لاحتمال أن يكون صادقا في دعواه بل يبرهن المشتري أن يقيم البينة لإثبات العيب بأنه وجد بالبيع عند المشتري لأنه إن لم يوجد عنده ليس له أن يرده وإن كان عند البائع لاحتمال أنه زال فإذا برهن أنه وجد عنده يحتاج أن يبرهن أيضا أن هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال أنه حدث عنده أو يحلف بائعه على قولهما لأنه إن أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف فإن حلف برئ وإن نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على أن هذا العيب لم يكن فيه عنده فإن حلف برئ وإن نكل فسخ القاضي العقد بينهما فإن قال الظاهر بالواو شهودي غيب جمع غائب دفع الثمن إن حلف بائعه لأن في الانتظار ضررا بالبائع وليس فيه كثير ضرر على المشتري لأنه متى أقام البينة رد عليه المبيع وأخذ ثمنه ولزم العيب إن نكل البائع لأن النكول حجة فيه بخلاف الحدود

وفي عبارة الهداية هنا كلام فليراجع شروحها

ومن ادعى أي المشتري إباق مشريه أي إباق الرقيق الذي اشتراه فأنكر البائع يبرهن المشتري أولا أنه أي الرقيق أبق عنده يعني لا تسمع دعوى المشتري هذه حتى يثبت وجود العيب عنده فإن أقام بينة أنه أبق عنده تسمع دعواه بعد ذلك ثم يحلف بائعه على البتات مع أنه فعل الغير ويقال في كيفية التحليف بالله لقد

". (١)

" الزيادة والأولى بيعه بخلاف جنسه انتهى

وإن تفرقا أي المتعاقدان بلا قبض شيء صح البيع في السيف دونها أي دون الحلية

وإن تخلص السيف عن الحلية بلا ضرر لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والأمة وإلا أي وإن لم يتخلص بلا ضرر بطل البيع فيهما أي في السيف والحلية لأن حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فإذا لم يقبضها حتى افترقا فسد فيه لفقد شرطه وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع في السقف وفي البحر تفصيل فليراجع

وإن باع إناء فضة بفضة أو ذهب وقبض بعض ثمنه وافترقا قبل قبض الباقي صح العقد فيما قبض فقط لوجود شرطه وهو القبض قبل الافتراق وبطل فيما لم يقبض لعدم وجود الشرط والإناء مشترك بينهما لأن عقد الصرف وقع على كله أولا ثم طرأ الفساد على ما لم يقبض وهو لا يشيع على ما وجد فيه القبض فحصلت الشركة في الكل **بالتراضي** ولم يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لأن صفقة الصرف تمت بالتقابض ولو في البعض ولا خيار للمشتري بخلاف هلاك أحد العبدين قبل القبض كما في البحر وإن استحق بعضه أي بعض الإناء أخذ المشتري ما بقي بحصته أو رده لأن الشركة عيب في الإناء لأن التشقيص يضره وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف ما مر لأن الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٧٠

قبل نقد كل الثمن فإن أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشتري ويسلمه إليه إذا لم يفترقا بعد الإجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد به دون المجيز

أطلق في الخيار فشمل ما قبل القبض وبعده كما في البحر ولو استحق بعض قطعة نقرة وهي القطعة المذابة

". (١)

" يخاصم الموكل إن كان الرد عليه بقضاء فيلزمه ببينة أو بنكول وإن كان بغير قضاء ليس له أن يخاصم الموكل لأنه فسخ للبيع **بالتراضي** فيكون بيعا جديدا في حق غيرهما والموكل غيرهما

ولو باع الوكيل بنسيئة أي إلى أجل وقال الموكل أمرتك بالنقد وقال الوكيل لا بل أطلقت أي أمرتني بالبيع من غير تقييد بالنقد صدق الموكل مع اليمين لأن الأمر مستفاد من الآمر ولا مساعدة بدلالة اللفظ على ما قاله المأمور وفي المضاربة صدق المضارب لأن الأصل في المضاربة العموم والإطلاق فيعتبر قوله مع اليمين بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال

ولا يصح تصرف أحد الوكيلين وحده فيما وكلا به لعدم رضى الموكل إلا برأيهما معا وفي المنح أطلقه فشمل ما إذا كان أحدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا أو صبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما إذا وكلهما بكلام واحد أما إذا كان توكيلهما على التعاقب فإنه يجوز لأحدهما الانفراد لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف على الأصح انتهى

لكن في الشمني خلاف ما في المنح لأنه قال لو باع أحدهما والآخر حاضر يجوز ولو كان الآخر غائبا فأجاز لم يجز عند الإمام خلافا لأبي يوسف ولو كان أحدهما صبيا أو عبدا محجورا فللآخر أن ينفرد بالتصرف ولو مات أحدهما أو زال عقله ليس له ذلك تتبع

وفي الخانية رجل قال لرجلين وكلت أحدكما بشراء جارية لي بألف درهم فاشترى أحدهما ثم اشترى الآخر فإن الآخر يكون مشتريا لنفسه ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع شراؤهما في وقت واحد كانت الجاريتان للموكل وعليه الفتوى كما في البحر إلا في خصومة فإن لأحدهما أن يخاصم وحده لأن الاجتماع فيها متعذر لإفضائه الشغب في مجلس القضاء خلافا لزفر والشافعي وظاهره أنه إذا خاصم أحدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت كما في التبيين وغيره وبه ظهر أن ما ذكره ابن الملك من اشتراط الحضرة ضعيف كما في البحر لكن لا بد من مباشرة رأي الآخر حتى لو باشر أحدهما بدون رأي الآخر لا يجوز عندنا كما ذكره العيني فعلى هذا يمكن حمل ما في ابن ملك على الرأي فيكون موافقا لقول العامة وهو أولى من الحمل على الضعف تدبر ورد وديعة

وفي البحر ولو قال ورد عين لكان أولى فإنه

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٦٥/٣

". (١)

" بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال **بالتراضي** من غير جنسه ثم فرعه بقوله فتثبت فيه الشفعة أي تثبت الشفعة في الصلح عن عقار أو على عقار كما يثبت في المبيع فللشفيع حق المطالبة في كل منهما والرد بالعيب بأن كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعي فيه عيبا له أن يرده وخيار الرؤية بأن لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه فله الخيار فيه والشرط بأن يصالح على شيء فشرط أحدهما الخيار لنفسه لأنه من أحكام البيع وتفسده أي الصلح جهالة البدل أي الذي وقع عليه الصلح لأنه بيع فصار كجهالة الثمن لا تفسده جهالة المصالح عنه لأنه يسقط وجهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة خلافا للشافعي

وفي العناية تفصيل فليطالع

وتشترط القدرة على تسليم البدل لأن القدرة عليه شرط في صحة الصلح ككون معلومية البدل شرطا في الصحة

وإن استحق في صلح مع إقرار بعض المصالح عنه أو استحق كله رجع المدعى عليه على المدعي بكل البدل أو بعضه صورته ادعى زيد دارا مثلا في يد عمرو فأقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة في يد زيد والدار في يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا أو كلها يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما في الأولى وبمائة درهم في الثانية وفي تحرير المصنف من اللف والنشر الغير مرتب وأما تصوير صاحب الدرر في هذا المحل لا يوافق متنه بل الصواب ما صورناه يتبع

وإن استحق بعض البدل أو كله رجع المدعي وهو زيد على المدعى عليه وهو عمرو بكل المصالح عنه أو بعضه لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر فأيهما أخذ منه بالاستحقاق رجع بما دفع إن كلا فبالكل وإن بعضا فبالبعض

وإن وقع الصلح عن إقرار عن مال بمنفعة اعتبر هذا الصلح إجارة صورته ادعى رجل شيئا واعترف به ثم صالحه

". (٢)

" عن ملك الموهوب له إلا بالقضاء أو الرضى فيصح إعتاقه قبلها

ولو منعه أي منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد أن يرجع قبل القضاء أو بعده فهلك الموهوب في يد الموهوب له لا يضمن لأن يده غير مضمونة إلا إذا طلبه بعد القضاء فمنعه مع القدرة على التسليم فحينئذ يكون يده يد ضمان لمنعه طلبه فظهر الفرق بين المنع بعد الرجوع وبين المنع بعد الطلب وهو أي الرجوع مع أحدهما أي مع **التراضي** أو قضاء القاضي فسخ لعقد الهبة من الأصل أو إعادة للملك القديم لا هبة من الموهوب له وعند زفر الرجوع **بالتراضي** عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٣٢٩

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٤٢٤

ولنا أن عقد الهبة وقع جائزا موجبا لحق الفسخ فإذا رجع الواهب كان مستوفيا لحق ثابت له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم لا ابتداء لعقد جديد ثم فرعه بقوله فلا يشترط قبضه أي الواهب لأن القبض إنما يعتمد في انتقال الملك لا في عوده إلى الملك القديم

وصح أي الرجوع في المشاع القابل للقسمة بأن وهب دارا ورجع في نصفها ولو كان هبة مبتدأة لما صح في المشاع القابل للقسمة

وإن تلف الموهوب عند الموهوب له فاستحق مستحق فضمن الموهوب له قيمته للمستحق لا يرجع على واهبه بما ضمن لأن العقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لأن المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة والإعارة كالهبة هنا كما في التنوير

والهبة بشرط العوض هبة ابتداء أي في ابتداء العقد فشرط القبض في العوضين لأن القبض شرط في الهبة لما مر وكل واحد منهما واهب من وجه ومنعها أي الهبة الشيوع فيما يحتمل القسمة في أحدهما أي في أحد العوضين لما

". (١)

" فأطلقه ورفع عنه الحجر فأجاز ما صنع جاز إطلاق الثاني لأن قضاء الأول كان في فصل مجتهد فيه وهذا اختلاف في نفس القضاء ولأن الحجر الأول لم يكن قضاء لعدم المقضي عليه فينفذ قضاء الثاني فهو بمنزلة ما لو قضى وهو محجور عليه فإذا أطلقه الثاني صح إطلاقه وليس للقاضي الثالث بعد ذلك أن ينفذ قضاء الأول بالحجر وكذا لا يحجر من له غفلة شديدة عند الإمام لأنه ليس بمفسد ماله ولا يقصده لكنه لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه وعندهما يمنع القاضي عن التصرف شفقة له وهو قول الأئمة الثلاثة كما في أكثر المعتبرات لكن المصنف لم يذكر الاختلاف في المتن بل أتى بصورة الاتفاق اكتفاء بذكر الخلاف في حكم السفيه للمشاركة في إتلاف المال أو لعدم اعتناء قولهما في هذه المسألة تتبع

ولا يحجر على مديون وإن طلب الحجر غرماؤه عند الإمام لأن المنع عن التصرف بطلب الغرماء يبطل أهليته وإلحاقه بالبهائم وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص ولا يبيع القاضي ماله أي مال المديون فيه أي في الدين لأن تصرف الحاكم فيه حجر عليه ولأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي بالنص فيكون باطلا بل يحبسه أي القاضي لبيع ماله أبدا حتى يبيعه أي المال هو أي المديون بنفسه فيكون الجنس لقضاء الدين لا لأجل البيع لأن قضاء الدين بالبيع ليس بطريق متعين بل يكون بالاستيهاب والاستقراض والصدقة من الناس إلا أن قدرته على القضاء ببيع ماله الموجود أظهر من قدرته عليه بالاستقراض وغيره وسبب الحبس المماطلة والظلم بتأخير القضاء الواجب وامتناعه مع القدرة عليه فإن كان والأولى بالواو ماله أي مال المديون من جنس دينه كالدراهم أداه أي الدين الحاكم منه من جنس الدراهم بالإجماع لأن للدائن الأخذ بلا رضى المديون عند المجانسة فالقاضي إذا قضى دينه لا يلزمه حجره عند الإمام لأن قضاء الدين من

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٥٠٥

القاضي إعانة ويبيع أحد النقدين بالآخر استحسانا بالإجماع وفي القياس لا يبيع الدراهم للدنانير ولا الدنانير للدراهم للاختلاف في الصورة ولا يؤخذ رب الدين جبرا وجه الاستحسان الاتحاد في الثمنية ولذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة وعندهما وعند الأئمة الثلاثة يحجر عليه أي على المديون إن طلب غرماؤه الحجر عليه ويمنع من التصرف

". (١)

" قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لأنه فسخ من كل وجه وكذا إذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط وإن رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لأن الرد **بالتراضي** إقالة وهي بيع في حق غيرهما وإن فضل شيء من دينهم رجعوا به على العبد بعد الحرية

وإن باعه المولى و الحال أنه قد أعلم المشتري بكونه مديونا فللغرماء رد البيع إن لم يصل ثمنه إليهم لأن حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم أن يردوه

وإن وصل ثمنه إليهم ولا محاباة في البيع فلا أي فليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم فينفذ البيع لزوال المانع هذا إذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يفي بدينهم فأما إذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لأنه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لأن حق الغرماء متأخر وكذا إذا كان البيع بطلبهم لأن البيع وقع لأجلهم وكذا إذا كان الثمن يفي بدينهم فإن غاب البائع بعد بيع المولى المأذون وقبض المشتري فالمشتري ليس خصما لهم إن أنكر المشتري الدين عند الطرفين وعند أبي يوسف هو خصم ويقضي لهم بالدين

". (٢)

" الحاجة وكذا تقوم الدم لضرورة الصيانة عن الهدر وما يثبت بالضرورة لا يتعدى عن موضعها فلا تكون متقومة في حق الشفعة وأما الإعتاق فهو إزالة مالية فكيف يقوم المال وعند الأئمة الثلاثة تجب فيها بناء على أن الأعواض متقومة عندهم وإن وصلية قوبل ببعضه أي ببعض ما جعل بدلا بهذه الأشياء مال عند الإمام لأن معنى البيع فيه تابع فلا شفعة في التبع كما لا شفعة في الأصل وعندهما تجب الشفعة في حصة المال حيث كان فيها مبادلة مال بمال

ولا تثبت فيما صولح عنه أي عن العقار بإنكار أو سكوت لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحا بخلاف ما إذا صالح عنها بالإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي كما في الهداية وتجب فيما صولح عليه أي العقار بأحدهما وفي الهداية إذا صالح على الدار بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأن

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٥٧/٤

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٧٣/٤

المدعي أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنس المدعى به فيعامل بزعمه انتهى فعلى هذا إن تقييد المصنف بالإنكار والسكوت مما لا ينبغي تدبر

ولا تجب شفعة فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية أو شرط أو بخيار عيب بقضاء لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في المبيع لا في الفسخ قوله بقضاء قيد للرد بعيب سواء كان الرد بعد القبض أو قبله

وما رد به أي بعيب بلا قضاء أو بالإقالة تجب الشفعة فيه لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا والفسخ بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال **بالتراضي** والشفيع ثالث ومراده بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء كما في الهداية

وفي التبيين كلام وفي التسهيل جواب فليطالع إن شئت

وقال زفر لا تجب لأن العقد قد انفسخ بالرد بالعيب والإقالة وهو قول الشافعي وأحمد

وتجب الشفعة في العلو وحده و تجب في السفل بسببه أي بسبب العلو هذا إذا لم يكن

---

(١) ".

" الآخذ بالشفعة بتعددهم فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي وإن تعدد البائع بأن باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الآخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ بعضهم دون بعض بل يأخذ الكل أو يترك والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه وبعيب الشركة

وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض وبعده هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كي لا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لأنه كواحد منهم بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع سواء سمى لكل بعض ثمنا أو سمى للكل جملة لأن العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك وتمامه في التبيين فليطالع

وللجار أخذ بعض مشاع بيع فقسم وإن وصلية وقع في غير جانبه يعني اشترى رجل نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع أخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بالقسمة وليس للشفيع نقضها مطلقا سواء كانت القسمة بحكم أو **بالتراضي** إذ القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الأول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما لو اشترى اثنان وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعدما اقتسما بالقضاء أو **بالتراضي** فللشفيع أن ينقض القسمة

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١١٥/٤

وفي الهداية ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف أن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة وعن الإمام أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جارا فيما يبقى في الجانب الآخر

وللعبد المأذون المديون الأخذ بالشفعة في مبيع سيده وبالعكس هذا مستدرك لما سبق قبيل الفصل بل الأولى أن يذكرها فيما سبق مقيدة بهذا القيد واكتفى تدبر

وصح تسليم الأب والوصي شفعة الصغير عند

". (١)

" ظهورها كما لا يخفى تأمل

كما قال يعقوب باشا

ولا يجبر الناس على قاسم واحد أي لا يعين القاضي قاسما واحدا للقسمة لأنه يتحكم في الزيادة على أجر مثله ولا يترك القسام جمع قاسم ليشتركوا أي يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر بسبب ذلك وصح الاقتسام بأنفسهم **بالتراضي** بلا أمر القاضي لولايتهم على أنفسهم وأموالهم

ويقسم على الصبي وليه أو وصيه كالبيع وسائر التصرفات فإن لم يكن أي وإن لم يوجد أحدهما فلا بد من أمر القاضي أي نصب القاضي له من يقسم

قوله ويقسم إلى هنا كلام صاحب الاختيار لكن في عامة المعتبرات وصحت برضا الشركاء إلا عند صغر أحدهم ولا نائب عنه وكذا الحكم عند جنون أحدهم

ولا يقسم عقار بين الورثة بإقرارهم أي لو ادعى الشركاء إرث العقار عن زيد عند القاضي لا يقسم بينهم باعترافهم ما لم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة عند الإمام لأن الشركة مبقاة على ملك الميت والقسمة قضاء على الميت والإقرار حجة قاصرة لا يتعدى إلى غير المقر فلا بد من البينة لكونه حجة على الميت مع أن العقار محصن بنفسه فلا حاجة إلى القسمة بخلاف المنقول لأنه غير محفوظ بنفسه وعندهما يقسم باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة ذلك يعني أنه قسمها بقولهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا يتعدى إلى شريك لهم آخر وبه قال الشافعي وأحمد في قول وغير العقار يقسم إجماعا لأن في قسمته نظرا لاحتياجه إلى الحفظ كما مر

وكذا العقار المشترى يقسم اتفاقا لأن من في يده شيء فالظاهر أنه له

وفي رواية لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لجواز أن يكون في أيديهم والملك للغير والأول أصح والمذكور مطلق ملكه أي يقسم اتفاقا فيما إذا ادعوا الملك ولم يذكروا

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤/١٢٢

". (١)

" الواحد لا يكون مخاصما ومخاصما فلا بد من اثنين أو كانوا مشترين وغاب أحدهم أي لا يقسم لأن الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الإرث لأن الملك الثابت فيه ملك خلافه فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل ولا يقضى

وإذا انتفع كل واحد من الشركاء بنصيبه بعد القسمة قسم بطلب أحدهم لأن في القسمة تكميل المنفعة وكانت حتما لازما فيما يحتملها

وإن تضرر الكل بالقسمة كالحمام وغيره لا يقسم إلا برضاهم لأن القسمة لتكميل المنفعة

وفي هذا تفويته فيعود على موضوعه بالنقض وإن انتفع البعض لكثرة نصيبه دون البعض بل تضرر لقلة حظه قسم بطلب ذي النفع لأنه طالب تكميل منفعة ملك لا بطلب الآخر و هو الأصح هذا قول الخصاف والإمام السرخسي لأنه لا فائدة له فهو متعنت في طلب القسمة حيث يشتغل بما لا ينفعه

وفي الدرر نقلا عن الذخيرة وعليه الفتوى وذكر الخصاف عكسه لأن صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل يرضى بضرره وذكر الحاكم أن أيهما طلب القسمة قسم القاضي قال في الخانية وهو اختيار الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده وعليه الفتوى

وفي المنح ينبغي أن يعول على ما جزم به عامة أصحاب المتون والشروح لأنها هي الموضوعة لنقل المذهب فلا يعارضه ما في الفتاوى وإنما يعول عليها إذا لم يعارضها كتب الأصول وهي الموضوعة لنقل المذهب وأما مع معارضتها لها لا يلتفت إليها كما في أنفع الوسائل

ويقسم العروض من جنس واحد أي يقسم القاضي عروضا إذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركاء جبرا لوجود المعادلة بالمالية والمنفعة ولا يقسم القاضي الجنسين بإعطاء بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بينهما فلا تكون القسمة تمييزا بل معاوضة ولا بد فيها عن **التراضي** وهذا بالإجماع

ولا يقسم القاضي الجواهر مطلقا لأن جهالتها متفاحشة لتفاوتها قيمة وقيل لا يقسم الكبار

". (٢)

" وجها لإقامة البينة

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٢٧/٤

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٢٩/٤

وقال صدر الشريعة وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى وهذا على رواية الهداية في ثبوت هذه الدعوى بالبينة حيث قال إن لم يقم عليه بينة استخلف الشركاء انتهى

وقال ابن الشيخ في شرح الوقاية وهذا لا يمنع ثبوت هذه الدعوى بالنكول أو بالإقرار أيضا إذ لا نزاع فيه بل يمنع قول من نازع وقيل المراد بالحجة إقرار الخصم أو نكوله لا غير لكون الدعوى على التناقض وقال صاحب الإصلاح إلا بحجة من بينة المدعي وإقرار الخصم ونكوله على التعميم

وتقبل شهادة القاسمين بفتح الميم عند اختلاف المتقاسمين فيها أي في القسمة عند الشيخين لأنها شهادة على فعل غيرهما باستيفاء حقهما خلافا لمحمد فإن عنده لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قالت الأئمة الثلاثة لأنها شهادة على فعل نفسهما فأورثت التهمة وهذا إذا تقاسما مجانا ولا يجران لهما نفعا قال الطحاوي إذا اقتسما بأجر لا تقبل الشهادة إجماعا وقيل الخلاف في الكل وهو الأصح فلذا أطلق في الكتاب كما في شرح الكنز للعيني

وإن قال أحد المتقاسمين بعدما أقر بالاستيفاء قبضته أي حقي ثم أخذ صاحبي بعضه مني بعدما قبضته وأنكر شريكه ذلك حلف خصمه لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر

وفي التسهيل ولا فرق بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى في أن الخصم يحلف فيها إذا لم تكن له بينة إلا أنه في الأولى ينبغي أن تقبل دعواه كما مر بخلاف الثانية

وإن قال قبل أن يقر بالاستيفاء أصابني من ذلك كذا إلى كذا ولم يسلم ما أصابني من حقي إلي وكذبه الآخر تحالفا وفسخت القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع

وفي الفرائد نقلا عن التسهيل هذه هي المسألة بعينها وأجاب هنا أنه تقبل دعواه لكن ينبغي أن لا تقبل للتناقض فظهر أن في المسألتين روايتين

ولو ادعى أحد المتقاسمين غبنا في القسمة لا يعتبر كالبيع أي كما لا اعتبار بدعوى الغبن في البيع لوجود التراضي إلا إذا كانت

".(١)

" القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش فتفسخ القسمة حينئذ

وقال صاحب المنح ولو ظهر غبن فاحش في القسمة فإن كانت بقضاء القاضي بطلت عند الكل لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد ولو وقعت القسمة بالتراضي تبطل أيضا في الأصح وقيل لا يلتفت إلى قول من يدعيه لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره الكافي وتمامه فيه فليطالع

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤/١٣٤

ولو استحق بعض معين من نصيب البعض لا تنفسخ القسمة اتفاقا على الصحيح ويرجع البعض بقسطه في حظ شريكه كما إذا كانت الدار بينهما نصفين فقسمت فاستحق من يد أحدهما بيت هو خمسة أذرع رجع بنصف ما استحق في نصيب صاحبه

وكذا لا تنفسخ في الشائع عند الإمام وعند أبي يوسف تنفسخ القسمة لعدم تحقق الإفراز باستحقاق النصيب الشائع وبه قال الشافعي وأحمد وهو قول محمد في رواية أبي سليمان وروى أبو حفص أنه مع الإمام وهو الأصح كما في الكافي وغيره وفي بعض مشاع في الكل تفسخ إجماعا لأنه لو ثبت القسمة لتضرر المستحق بتفرق نصيبه

ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط بماله نقضت القسمة لأنه يمنع وقوع الملك للوارث

وكذا تنقض القسمة لو ظهر دين لكنه غير محيط بماله لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي بلا قسمة ما يفي به أي بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الحاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم

ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة ذمم الورثة من ديونهم أو أداه أي الدين الورثة من مالهم لا تنقض القسمة مطلقا أي سواء كان الدين محيطا أو غير محيط لزوال المانع

وفي الهداية ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم يسمع للتناقض إذ الإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

"(١).

" الشريك الآخر لا إشكال على أصلهما لأن عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا منفعتهم وأما عند الإمام والقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت في الخدمة بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بيناه

ولو اتفقا على أن نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا بخلاف الكسوة لأن العادة جرت بالمسامحة في الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت في الطعام وكثرتها في الكسوة فإن وقت شيئا من الكسوة معروفا جاز استحسانا لأن عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت أو يقل

و جوز في دارين يسكن هذا الشريك هذه الدار و يسكن هذا الشريك الآخر الدار الأخرى ويجبره القاضي عليه إذا طلبه أحد الشريكين وهذا ظاهر لأن الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتهما وأما عنده فلأن المنافع فيها لا تتفاوت فيجوز ويجبر منهما ويعتبر إفرازا كالأعيان المتقاربة بخلاف القسمة وقد قيل لا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه لا يجوز التهايؤ فيه أصلا لا بالجبر ولا **بالتراضي**

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤/١٣٥

ولا يجوز ذلك أي التهايؤ في دابة يركب هذا يوما وهذا يوما أو دابتين هذا هذه وهذا الأخرى إلا بتراضيهما عند الإمام لأن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأحذق بخلاف العبد والعبدين لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تتحملها خلافا لهما أي عندهما يجوز اعتبارا بقسمة الأعيان

ويجوز التهايؤ في استغلال دار يستغلها هذا الشهر أو يأخذ غلتها وهذا شهرا ويأخذ غلتها أو دارين هذا هذه يعني هذا الشريك يستغلها هذه الدار ويأخذ غلتها وهذا الشريك الآخر يستغل الدار الأخرى ويأخذ غلتها في ظاهر الرواية لأن الظاهر عدم التغير لا في استغلال عبد أو دابة أي لا يجوز التهايؤ في استغلالهما لأن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة وما زاد في نوبة أحدهما في الدار الواحدة من الغلة على الغلة في نوبة الآخر مشترك لتحقق التعديل بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع

". (١)

" عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر قال ابن الشيخ في شرح الوقاية إن مات الدافع في حال أن الثمر نيء يقوم العامل عليه كما قام وإن مات العامل والثمر نيء يقوم وارث العامل عليه كما قام مورثه وإن وصلية أبى الدافع على كونه حيا أو ورثته إن ميتا أي ليس لهما المنع من ذلك استحسانا كما في المزارعة لأن في منعه إلحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر للدافع ولا على ورثته

فإن أراد العامل أو وارثه صرمه أي قطعه بسرا والمناسب أن يقول نيئا خير الآخر إن حيا أو وارثه إن ميتا بين أن يقسموه أي البسر على الشرط أو يدفعوا قيمة نصيبه أي نصيب العامل من البسر أو ينفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجع عليه بما أنفقوا في حصة العامل من البسر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم كما مر في المزارعة على هذا الوجه وقد بينا ههنا وجه الخيار فيها فلا نعيد

ولا تفسخ المساقاة بلا عذر لأن المساقاة تنعقد إجارة وتتم شركة فيكون انفساخ عقدها بما تفسخ الإجارة به ومرض العامل إذا عجز عن العمل عذر

وفي الهداية ومن الأعذار مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لأن في إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل أحدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته

وكذا كونه أي العامل سارقا يخاف منه على الثمر أو السعف قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه فتفسخ به

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٣٧/٤

ولو دفع فضاء أي أرضا بيضاء إلى رجل مدة معلومة لمن يغرس فيها شجرا لتكون الأرض والشجر بينهما لا يصح لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا للدافع قبل الشركة بلا عمله والشجر الذي يغرس لرب الأرض لوقوع الغرس **بالتراضي** فيتبع الأرض لاتصاله بها وللغارس قيمة غرسه و أجر مثل عمله

". (١)

" فيه أي في الرهن وفي البيع قبض أي في حكم قبض المرتهن وبه قال الشافعي ومالك حتى إذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن كما أن التخلية في البيع قبض كذلك هذا في ظاهر الرواية لأن الراهن يقدر على التخلية دون القبض الحقيقي لكونه فعل الغير فلا يكلف به ولذا قيل التخلية تسليم إلا أن ذكر القبض هنا أبلغ وأنسب من التسليم لأن القبض كان منصوصا فيه فصار مخصوصا به كما في الهبة والصدقة وعن أبي يوسف أن القبض لا يثبت بها في المنقول إلا بالنقل كما في الغصب لأن القبض هو موجب للضمان قيل القياس على البيع المشروع أولى من القياس على الغصب الممنوع

وفي المنح فإن قلت ينبغي أن لا تكفي التخلية في قبض الرهن إذا القبض منصوص عليه في الرهن بخلاف البيع وقد استدل المشايخ على شرطية القبض في الرهن بقوله تعالى فرهان مقبوضة فإنه أمر بالرهن لأن المصدر متى قرن بالفاء في محل الجزاء يراد به الأمر كما وقع في كثير من القرآن والأصل أن المنصوص يراعى وجوده على أكمل الجهات قلت أجيب عنه بأن المنصوص إنما يراعى وجوده على أكمل الجهات إذا نص عليه بالاستقلال وأما إذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب أن يراعى وجوده كما ذكر فإن **التراضي** في البيع منصوص عليه بقوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس كذلك انتهى لكن لا نسلم هذه الملازمة بل الملازم من صحة ما قال المعترض هو ثبوت صحة البيع بالرضى في الجملة على قياس التخلية في الرهن فإنها قبض في الجملة كما في البيع والهبة تدبر

وللراهن أن يرجع عنه أي عن الرهن قبل القبض لكونه غير تام وغير لازم قبل القبض فإذا قبض لزم الرهن لما قررناه آنفا فلا رجوع بعده وهو أي الرهن مضمون بالأقل من قيمته أي الرهن ومن الدين إذا هلك والأقل اسم تفضيل استعمل باللام وكلمة من ليست تفضيلية بل بيانية والمعنى بالأقل الذي هو من هذين المذكورين أيهما كان

وقال الشافعي الرهن كله أمانة في يد المرتهن فلا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه أي للراهن الزوائد

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٥١/٤

". (١)

" والقصاص عينا نصب على الحال من القصاص أي حال كونه متعينا خلافا للشافعي فإنه قال لا يتعين القصاص بل الولي مخير بينه وبين أخذ الدية لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما يودى ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والمراد به القتل العمد وما أورده من الحديث فعلى تقدير صحته لا تجوز به الزيادة على النص لأنه نسخ وإلى ذلك أشار ابن عباس رضي الله تعالى عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى إذ الآدمي خلق مكرما لقوله تعالى ولقد كرمنا بني آدم ليشتغل بالطاعات والعبادات والمال خلق لإقامة مصالحه ومبتذلا في حوائجه فلا يصلح جابرا وقائما مقامه إلا أن الصلح على مال يجوز **بالتراضي** سواء كان بأقل من الدية أو أكثر منها إلا أن يع فى على صيغة المجهول أي إلا أن يعفو ولي القصاص أو يصالحه على شيء من ماله كما مر آنفا والعفو أفضل ولا كفارة فيه لأنها فيما كان دائرا بين الحظر والإباحة والقتل كبيرة محضة لا تليق أن تكون الكفارة ساترة له لوجود معنى العبادة فيها ولقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن منها قتل النفس بعمد وعند الشافعي عليه الكفارة كما في الخطأ مراعاة لحق الله تعالى في العبد

وأما شبه عمد وهو ضربه أي القاتل قصدا بغير ما ذكر في العمد مما لا يفرق الأجزاء كالشجر مطلقا والحجر أيضا إن كانا غير محددين والسوط واليد هذا عند الإمام لغيره في الثقيل العظيم على ما مر في القتل العمد لأن شبه العمد عند الغير ضرب القاتل بآلة لا يقتل مثلها غالبا كالعصا والحجر الصغير والسوط واليد

". (٢)

"العبد الموصى بمنفعته أبدا رقبته للوارث وليس له من منافعه شيء ومنافعه للموصى له فإذا مات الموصى له عادت منفعته إلى المالك ولو أعتقه نفذ وضمن قيمته يشترى بها خادم كذا في الأشباه من القول في الملك ثم قال فيه : ولم أر حكم كتابته وينبغي أن تكون كإعتاقه ولا تصح إلا **بالتراضي** ا هـ .." (٣)

"وإذا تقابضا الرهن ثم تناقضاه **بالتراضي** وهلك الرهن عند المرتهن يهلك مضمونا والرهن باق ما بقي القبض من البزازية .." (٤)

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢٧١/٤

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣١٠/٤

(٣) مجمع الضمانات، ٥٤/١

(٤) مجمع الضمانات، ٢٦٦/٢

" بعد القضاء أو **التراضي** قبل قبضها سقطت إلاّ أن تكون استدانت بأمر قاض ولو عجل لها النفقة أو الكسوة لمدة ثم مات أحدهما قبل تمامها فلا رجوع عليها خلافاً لمحمد وإذا

---

(١) ".

"اعتبر من جميع المال وإذا اقتصر وجوب الدين لم يمنع وجوب الزكاة قبله

وأما نفقة الزوجات فما لم يصر دينا إما بفرض القاضي أو **بالتراضي** لا يمنع لأنها تجب شيئا فشيئا فتسقط إذا لم يوجد قضاء القاضي أو **التراضي** وتمنع إذا فرضت بقضاء القاضي أو **بالتراضي** لصيرورته دينا وكذا نفقة المحارم تمنع إذا فرضها القاضي في مدة قصيرة نحو ما دون الشهر فتصير دينا فأما إذا كانت المدة طويلة فلا تصير دينا بل تسقط لأنها صلة محضة بخلاف نفقة الزوجات إلا أن القاضي يضطر إلى الفرض في الجملة في نفقة المحارم أيضا لكن الضرورة ترتفع بأدنى المدة

وقال بعض مشايخنا إن نفقة المحارم تصير دينا أيضا **بالتراضي** في المدة اليسيرة

وقالوا دين الخراج يمنع وجوب الزكاة لأنه مطالب به وكذا إذا صار العشر دينا في ذمته بأن أتلف الطعام العشري صاحبه

فأما وجوب العشر فلا يمنع لأنه متعلق بالطعام يبقى ببقائه ويهلك بهلاكه والطعام ليس مال التجارة حتى يصير مستحقا بالدين

وأما الزكاة الواجبة في النصاب أو دين الزكاة بأن أتلف مال الزكاة حتى انتقل من العين إلى الذمة فكل ذلك يمنع وجوب الزكاة في قول أبي حنيفة ومحمد سواء كان في الأموال الظاهرة أو الباطنة

وقال زفر لا يمنع كلاهما

وقال أبو يوسف وجوب الزكاة في النصاب يمنع فأما دين الزكاة فلا يمنع هكذا ذكر الكرخي قول زفر ولم يفصل بين الأموال الظاهرة والباطنة

وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أن هذا مذهبه في الأموال الباطنة من الذهب والفضة وأموال التجارة ووجه هذا القول ظاهر لأن الأموال الباطنة لا يطالب الإمام بزكاتها فلم يكن لزكاتها مطالب من جهة العباد سواء كانت في العين أو في الذمة فلا يمنع وجوب الزكاة كديون الله تعالى من الكفارات والنذور وغيرها بخلاف الأموال الظاهرة لأن الإمام يطالب بزكاتها

وأما وجه قوله الآخر فهو أن الزكاة قربة فلا يمنع وجوب الزكاة كدين النذور والكفارات

---

(١) ملتقى الأبحر، ص/١٨٤

ولأبي يوسف الفرق بين وجوب الزكاة وبين دينها هو أن دين الزكاة في الذمة لا يتعلق بالنصاب فلا يمنع الوجوب كدين الكفارات والنذور وأما وجوب الزكاة فمتعلق بالنصاب إذ الواجب جزء من النصاب واستحقاق جزء من النصاب يوجب النصاب إذ المستحق كالمصروف

وحكي أنه قيل لأبي يوسف ما حجتك على زفر فقال ما حجتي على من يوجب في مائتي درهم أربعمائة درهم والأمر على ما قاله أبو يوسف لأنه إذا كان له مائتا درهم فلم يؤد زكاتها سنين كثيرة يؤدي إلى إيجاب الزكاة في المال أكثر منه بأضعافه وأنه قبيح ولأبي حنيفة ومحمد أن كل ذلك دين مطالب به من جهة العباد

أما زكاة السوائم فلأنها يطالب بها من جهة السلطان عينا كان أو دينا ولهذا يستحلف إذا أنكر الحول أو أنكر كونه للتجارة أو ما أشبه ذلك فصار بمنزلة ديون العباد

وأما زكاة التجارة فمطالب بها أيضا تقديرا لأن حق الأخذ للسلطان وكان يأخذها رسول الله وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما إلى زمن عثمان رضي الله عنه فلما كثرت الأموال في زمانه وعلم أن في تتبعها زيادة ضرر بأربابها رأى المصلحة في أن يفوض الأداء إلى أربابها بإجماع الصحابة فصار أرباب الأموال كالوكلاء عن الإمام

ألا ترى أنه قال من كان عليه دين فليؤده وليزك (((وليترك))) ما بقي من ماله فهذا توكيل لأرباب الأموال بإخراج الزكاة فلا يبطل حق الإمام عن الأخذ

ولهذا قال أصحابنا إن الإمام إذا علم من أهل بلدة أنهم يتركون أداء الزكاة من الأموال الباطنة فإنه يطالبهم بها لكن إذا أراد الإمام أن يأخذها بنفسه من غير تهمة الترك من أربابها ليس له ذلك لما فيه من مخالفة إجماع الصحابة رضي الله عنهم

وبيان ذلك أنه إذا كان لرجل مائتا درهم أو عشرون (((عشرين))) مثقال ذهب فلم يؤد زكاته سنتين يزكي السنة الأولى وليس عليه للسنة الثانية شيء عند أصحابنا الثلاثة

وعند زفر يؤدي زكاة سنتين وكذا هذا في مال التجارة وكذا في السوائم إذا كان له خمس من الإبل السائمة مضى عليها سنتان ولم يؤد زكاتها أنه يؤدي زكاة السنة الأولى وذلك شاة ولا شيء عليه للسنة الثانية ولو كانت عشرا وحال عليها حولان يجب للسنة الأولى شاتان وللثانية شاة ولو كانت الإبل خمسا وعشرين يجب للسنة الأولى بنت مخاض وللسنة الثانية أربع شياه ولو كان له ثلاثون من البقر السوائم يجب للسنة الأولى تبيع أو تبيعة ولا شيء للسنة الثانية وإن كانت أربعين يجب للسنة الأولى مسنة وللثانية تبيع أو تبيعة وإن كان له أربعون من الغنم عليه للسنة الأولى شاة ولا شيء للسنة الثانية وإن كانت مائة

". (١)

"سلم بعض المبيع قبل استيفاء الثمن كان له حق حبس الباقي ليستوفي الثمن كذا هذا

---

(١) بدائع الصنائع، ٢/٧

وكان أبو القاسم الصفار يفتي في منعها نفسها بقول أبي يوسف ومحمد في السفر بقول أبي حنيفة وبعد إيفاء المهر كان له أن ينقلها حيث شاء

وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني عن محمد بن سلمة أنه كان يفتي أن بعد تسليم المهر ليس لزوجها أن يسافر بها

قال أبو يوسف ولو وجدت المرأة المهر زيوفا أو ستوقا فردت أو كان المقبوض عرضا اشترته من الزوج بالمهر فاستحق بعد القبض وقد كان دخل بها فليس لها أن تمنع نفسها في جميع ذلك وهذا على أصلهما مستقيم لأن من أصلهما أن التسليم من غير قبض المهر يبطل حق المنع وهذا تسليم من غير قبض لأن ذلك القبض بالرد والاستحقاق انتقض والتحق بالعدم فصار كأنها لم تقبضه وقبل القبض الجواب هكذا عندهما وأما عند أبي حنيفة فينبغي أن يكون لها أن تمنع نفسها

ثم فرق أبو يوسف بين هذا وبين المنع أنه إذا استحق الثمن من يد البائع أو وجده زيوفا أو ستوقا فرده له أن يسترد المبيع فيحبسه لأن البائع بعد الاسترداد يمكنه الحبس على الوجه الذي كان قبل ذلك

وأما ههنا لا يمكنه لأنه استوفى بعض منافع البضع فلا يكون هذا الحبس مثل الأول فلا يعود حقها في الحبس ومما يلتحق بهذا الفصل أن للمرأة أن تهب مهرها للزوج دخل بها أو لم يدخل لقوله عز وجل ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾ وليس لأحد من أوليائها الاعتراض عليها سواء كان أبا أو غيره لأنها وهبت خالص ملكها وليس لأحد في عين المهر حق فيجوز ويلزم بخلاف ما إذا زوجت نفسها وقصرت عن مهر مثلها أن للأولياء حق الاعتراض في قول أبي حنيفة لأن الأمهار حق الأولياء فقد تصرفت في خالص حقهم ولأنها ألحقت الضرر بالأولياء بإلحاق العار والشنار بهم فلهم دفع هذا الضرر بالاعتراض والفسخ وليس للأب أن يهب مهر ابنته عند عامة العلماء وقال بعضهم له ذلك وتمسكوا بقوله تعالى ﴿ أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾ والأب بيده عقدة النكاح

ولنا أن المهر ملك المرأة وحقها لأنه بدل بضعها وبضعها حقها وملكها والدليل عليه قوله عز وجل ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ أضاف المهر إليها فدل أن المهر حقها وملكها

وقوله عز وجل ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾

وقوله تعالى ﴿ منه ﴾ أي من الصداق لأنه هو المكنى السابق أباح للأزواج التناول من مهور النساء إذا طابت أنفسهن بذلك ولذا علق سبحانه وتعالى الإباحة بطيب أنفسهن فدل ذلك كله على أن مهرها ملكها وحقها وليس لأحد أن يهب ملك الإنسان بغير إذنه ولهذا لا يملك الولي هبة غيره من أموالها فكذا المهر

وأما الآية الشريفة فقد قيل إن المراد من الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما ويجوز أن يحمل قول من صرف التأويل إلى الولي على بيان نزول الآية على ما قيل أن حين النزول كان المهور للأولياء ودليله قول شعيب لموسى عليهما الصلاة والسلام ﴿ إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ﴾ شرط المهر لنفسه لا لابنته ثم نسخ بما تلونا من الآيات وللمولى أن يهب صداق أمته ومدبرته وأم ولده من زوجها لأن المهر ملكه وليس له أن يهب مهر مكاتبته ولو وهب لا

يبرأ الزوج ولا يدفعه إلى المولى لأن مهر المكاتبة لها لا للمولى لأنه من اكتسابها (((أكسابها))) وكسب المكاتب له لا لمولاه وتجوز الزيادة في المهر إذا تراضيا بها والحط عنه إذا رضيت به لقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ﴾ رفع الجناح فيما تراضيا به الزوجان بعد الفريضة وهو التسمية وذلك هو الزيادة في المهر والحط عنه وأحق ما تصرف إليه الآية الزيادة لأنه ذكر لفظة **التراضي** وأنه يكون بين اثنين ورضا المرأة كان في الحط ولأن الزيادة تلحق العقد ويصير كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعا كالخيار في باب البيع والأجل فيه فإن من اشترى من آخر عبدا بيعا باتا ثم إن أحدهما جعل لصاحبه الخيار يوما جاز ذلك حتى لو نقض البيع جاز نقضه ويصير ذلك كالخيار المشروط في أصل البيع وكذا إذا اشترى عبدا بألف درهم حالة ثم إن البائع أجل المشتري في الثمن شهرا جاز التأجيل ويصير كأنه كان مسمى في العقد

كذا ههنا ولا يثبت خيار الرؤية في المهر حتى لو تزوج امرأة على عبد بعينه أو جارية بعينها ولم تره ثم رأته ليس لها أن ترده بخيار الرؤية لأن النكاح لا ينفسخ برده فلو ردت لرجعت عليه بعبد آخر وثبت لها فيه خيار الرؤية فترده ثم ترجع عليه بآخر

". (١)

"في يد الزوج فأما إذا حدث في يد المرأة فهذا أيضا لا يخلو من الأقسام التي وصفناها فإن حدث بفعل أجنبي وهو فاحش قبل الطلاق فالأرش لها فإن طلقها الزوج فله نصف القيمة يوم قبضت ولا سبيل له على العين لأن الأرش بمنزلة الولد فيمنع التنصيف كالولد وإن كانت جناية الأجنبي عليه بعد الطلاق فللزوجة نصف العبد وهو بالخيار في الأرش إن شاء أخذ نصفه من المرأة واعتبرت القيمة يوم القبض وإن شاء اتبع الجاني وأخذ منه نصفه لأن حق الفسخ وعود النصف إليه استقر بالطلاق وتوقف على قضاء القاضي أو **التراضي** فصار في يدها كالمقبوض ببيع فاسد فصار مضمونا عليها

وكذلك إن حدث بفعل الزوج فجنايته كجناية الأجنبي لأنه جنى على ملك غيره ولا يد له فيه فصار كالأجنبي والحكم في الأجنبي ما وصفنا

وإن حدث بآفة سماوية قبل الطلاق فالزوج بالخيار إن شاء أخذ نصفه ناقصا ولا شيء له غير ذلك وإن شاء أخذ نصف القيمة يوم القبض لأن حقه معها عند الفسخ كحقه معها عند العقد

ولو حدث نقصان في يده بآفة سماوية كان لها الخيار بين أن تأخذه ناقصا أو قيمته فكذا حق الزوج معها عند الفسخ وإن كان ذلك بعد الطلاق فللزوج أن يأخذ نصفه ونصف الأرش لما ذكرنا أنه بعد الطلاق يبقى في يدها كالمقبوض بحكم بيع فاسد لأن الملك لها وحق الغير في الفسخ مستقر فصار بمنزلة المقبوض ببيع فاسد وإن شاء

---

(١) بدائع الصنائع، ٢/٢٩٠

أخذ قيمته يوم قبضت وكذلك إن حدث بفعل المرأة فالزوج بالخيار إن شاء أخذ نصفه ولا شيء له من الأرش وإن شاء أخذ نصف قيمته عبدا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر للزوج أن يضمنها الأرش

وجه قوله أن المهر مضمون عليها بالقبض والأوصاف وهي الاتباع فتضمن بالقبض ولا تضمن بالعقد وكذلك يقول زفر في النقصان الحادث بغير فعلها لهذا المعنى

ولنا أن المرأة جنت على ملك نفسها وجناية الإنسان على ملك نفسه غير مضمونة عليه بخلاف ما إذا حدث بفعل الزوج على الرواية المشهورة لأن للزوج (((الزوج))) جنى على ملك غيره وجناية الإنسان على ملك غيره مضمونة عليه وقد خرج الجواب عما قال زفر لأن قبضها صادف ملك نفسها وقبض الإنسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وإن كان ذلك بعد الطلاق فعليها نصف الأرش لما ذكرنا أن حق الفسخ قد استقر

وكذلك إن حدث بفعل المهر فالزوج بالخيار على الروايتين جميعا إن شاء أخذ نصفه ناقصا وإن شاء أخذ نصف القيمة لأنا إن جعلنا جناية المهر كالآفة السماوية لم تكن مضمونة وإن جعلناها كجناية المرأة لم تكن مضمونة أيضا فلم تكن مضمونة أيضا على الروايتين

هذا إذا كان النقصان فاحشا فأما إن كان غير فاحش فإن كان بفعل الأجنبي أو بفعل الزوج لا يتنصف لأن الأرش يمنع التنصيف وإن كان بآفة سماوية أو بفعلها أو بفعل المهر أخذ النصف ولا خيار له والله تعالى الموفق

وأما النوع الثاني وهو ما يسقط به نصف المهر معنى والكل صورة فهو كل طلاق تجب فيه المتعة فيقع الكلام في مواضع في بيان الطلاق الذي تجب فيه المتعة والذي تستحب فيه وفي تفسير المتعة وفي بيان من تعتبر المتعة بحاله

أما الأول فالطلاق الذي تجب فيه المتعة نوعان أحدهما أن يكون قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه ولا فرض بعده أو كانت التسمية فيه فاسدة وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا تجب المتعة ولكن تستحب فمالك لا يرى وجوب المتعة أصلا واحتج بأن الله سبحانه وتعالى قيد المتعة بالمتقي والمحسن بقوله ﴿ حقا على المحسنين ﴾ ﴿ حقا على المتقين ﴾ والواجب لا يختلف فيه المحسن والمتقي وغيرهما فدل أنها ليست بواجبة

ولنا قوله تعالى ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ﴾ ومطلق الأمر لوجوب العمل والمراد من قوله عز وجل ﴿ أو تفرضوا ﴾ أي ولم تفرضوا ألا ترى أنه عطف عليه قوله تعالى ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾ ولو كان الأول بمعنى ما لم تمسوهن وقد فرضوا لهن أو لم يفرضوا لما عطف عليه المفروض وقد تكون أو بمعنى الواو

قال الله عز وجل ﴿ ولا تطع منهم آثما أو كفورا ﴾ أي ولا كفورا وقوله تعالى ﴿ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ وعلى كلمة إيجاب وقوله تعالى ﴿ حقا على المحسنين ﴾ وليس في ألفاظ الإيجاب كلمة أوكد من قولنا حق عليه لأن الحقية تقتضي الثبوت وعلى كلمة إلزام وإثبات (((وإثبات))) فالجمع بينهما يقتضي التأكيد وما ذكره مالك كما يلزمنا

". (١)

"وصفه فجرى الوصف فيما في الذمة مجرى الأصل ولهذا كان الاختلاف في صفة المسلم فيه موجبا للتحالف فكان اختلافهما في الوصف بمنزلة اختلافهما في الأصل وذلك يوجب التحالف كذا هذا

وعند أبي يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج مع يمينه وإن كان الاختلاف في جنس المسمى بأن قال الزوج تزوجتك على عبد فقالت على جارية أو قال الزوج تزوجتك على كر شعير فقالت على كر حنطة أو على ثياب هروية أو قال على ألف درهم وقالت على مائة دينارا (((دينار))) وفي نوعه كالتركي مع الرومي والدنانير المصرية مع الصورية أو في صفته من الجودة والرداءة فالاختلاف فيه كالاختلاف في العينين إلا الدراهم والدنانير فإن الاختلاف فيهما كالاختلاف في الألف والألفين وإنما كان كذلك لأن كل واحد من الجنسين والنوعين والموصوفين لا يملك إلا بالتراضي بخلاف الدراهم والدنانير فإنهما وإن كانا جنسين مختلفين لكنهما في باب مهر المثل يقضي من جنس الدراهم والدنانير فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض بخلاف العبد لأن مهر المثل لا يقضي من جنسه فلم يجز أن يملك من غير تراض فيقضي بقدر قيمته

هذا إذا كان المهر دينا فأما إذا كان عينا فإن اختلفا في قدره فإن كان مما يتعلق العقد بقدره بأن تزوجها على طعام بعينه فاختلفا في قدره فقال الزوج تزوجتك على هذا الطعام بشرط أنه كر وقالت المرأة تزوجتني عليه بشرط أنه كران فهي مثل الاختلاف في الألف والألفين وإن كان مما لا يتعلق العقد بقدره بأن تزوجها على ثوب بعينه كل ذراع منه يساوي عشرة دراهم فاختلفا فقال الزوج تزوجتك على هذا الثوب بشرط أنه ثمانية أذرع فقالت بشرط أنه عشرة أذرع لا يتحالفان ولا يحكم مهر المثل والقول قول الزوج بالإجماع

ووجه الفرق بين الطعام والثوب أن القدر في باب الطعام معقود عليه حقيقة وشرعا أما الحقيقة فلأن المعقود عليه عين وذات حقيقة وأما الشرع فإنه إذا اشترى طعاما على أنه عشرة أقفزة فوجده أحد عشر لا يطيب له الفضل والاختلاف في المعقود عليه يوجب التحالف

فأما القدر في باب الثوب وإن كان من أجزاء الثوب حقيقة لكنه جار مجرى الوصف وهو صفة الجودة شرعا لأنه يوجب صفة الجودة لغيره من الأجزاء ألا ترى أن من اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر طاب له للفضل (((الفضل))) والاختلاف في صفة المعقود عليه إذا كان عينا لا يوجب للتحالف (((التحالف))) كما إذا اختلفا في صفة الجودة في العين

والأصل أن ما يوجب فوات بعضه نقصانا في البقية فهو جار مجرى الصفة وما لا يوجب فوات بعضه نقصانا في الباقي لا يكون جاريا مجرى الصفة وإن اختلفا في جنسه وعينه كالعبد والجارية بأن قال الزوج تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذه الجارية فهو مثل الاختلاف في الألف والألفين إلا في فصل واحد وهو ما إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها لأن تمليك الجارية لا يكون إلا بالتراضي ولم يتفقا على

---

(١) بدائع الصنائع، ٢/٣٠٢

تمليكها فلم يوجد الرضا من صاحب الجارية بتمليكها فتعذر التسليم فيقضي بقيمتها بخلاف ما إذا اختلفا في الدراهم أو الدنانير فقال الزوج تزوجتك على ألف درهم وقالت المرأة على مائة دينار إن الاختلاف فيه كالاختلاف في الألف والألفين على معنى أن مهر مثلها إن كان مثل مائة دينار أو أكثر فلها المائة دينار لما مر أن مهر المثل يقضي من جنس الدراهم والدنانير فلا يشترط فـيه **التراضي** بخلاف العبد فإن مهر المثل لا يقضي من جنسه فلا يجوز أن يملك من غير مرضاة (((مراضاة))) ولا يكون لها أكثر من قميتها (((قيمتها))) وإن كان مهر مثلها أكثر من قميتها (((قيمتها))) لأنها رضيت بهذا القدر وما كان القول فيه أي من العين قول الزوج فهلك فاختلفا في قدر قيمته فالقول فيه قول الزوج أيضا لأن المسمى مجمع عليه فكانت القيمة دينا عليه والاختلاف إذا وقع في قدر الدين فالقول قول المديون كما في سائر الديون هذا كله إذا اختلفا قبل الطلاق ولو اختلفا بعد الطلاق فإن كان بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة فالجواب في الفصول كلها كالجواب فيما لو اختلفا حال قيام النكاح لأن الطلاق بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة مما لا يوجب سقوط مهر المثل وإن كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة فإن كان المهر دينا فاختلفا في الألف والألفين فالقول قول الزوج ويتنصف ما يقول الزوج

كذا ذكر في كتاب النكاح والطلاق ولم يذكر الاختلاف

كذا ذكر الطحاوي أنه يتنصف ما يقول الزوج ولم يذكر الخلاف

وذكر الكرخي وحكى الإجماع فقال

---

(١) ".

"باندفاع ما كان ثابتا فيندفع الثابت ضرورة دفع الزيادة وهذا يمكن إذ ليس بعض الملك تابعا لبعض فلا تقع الحاجة إلى قضاء القاضي ونظير الفصلين الرد بالعيب قبل القبض وبعده أن الأول يثبت بدون قضاء القاضي والثاني لا يثبت عند عدم **التراضي** منهما إلا بقضاء القاضي والله عز وجل أعلم

ولو زوج ابنته ابن أخيه فلا خيار لها بالإجماع لأن النكاح صدر عن الأب وأما ابن الأخ فله الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد لصدور النكاح عن العم

وعند أبي يوسف لا خيار له والمسألة قد مرت

ولو أعتق أمته ثم زوجها وهي صغيرة فلها خيار البلوغ لأن ولاية الولاء دون ولاية القرابة فلما ثبت الخيار ثمة فلأن يثبت ههنا أولى ولو زوجها ثم أعتقها وهي صغيرة فلها إذا بلغت خيار العتق لا خيار البلوغ لأن النكاح صادفها وهي رقيقة

فصل ومنها كفاءة الزوج في إنكاح المرأة الحرة البالغة العاقلة نفسها من غير رضا الأولياء بمهر مثلها فيقع الكلام في هذا الشرط في أربعة مواضع أحدها في بيان أن الكفاءة في باب النكاح هل هي شرط لزوم النكاح في الجملة

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٠٧/٢

أم لا والثاني في بيان النكاح الذي الكفاءة من شرط لزومه والثالث في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة والرابع في بيان من يعتبر له الكفاءة

أما الأول فقد قال عامة العلماء إنها شرط وقال الكرخي ليست بشرط أصلا وهو قول مالك وسفيان الثوري والحسن البصري واحتجوا بما روي أن أبا طيبة خطب إلى بني بياضة فأبوا أن يزوجوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنكحوا أبا طيبة إن لا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير

وروى أن بلالا رضي الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم أن تزوجوني أمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزويج عند عدم الكفاءة ولو كانت معتبرة لما أمر لأن التزويج من غير كفء غير مأمور به وقال صلى الله عليه وسلم ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى وهذا نص ولأن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع كان (((لكان))) أولى الأبواب بالاعتبار بها باب الدماء لأنه يحتاط فيه ما لا يحتاط في سائر الأبواب ومع هذا لم يعتبر حتى يقتل الشريف بالوضيع فههنا أولى والدليل عليه أنها لم تعتبر في جانب المرأة فكذا في جانب الزوج

ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشر دراهم ولأن مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة لأنها لا تحصل إلا بالاستفراش والمرأة تستنكف عن استفراش غير الكفء وتعير بذلك فتختل المصالح ولأن الزوجين يجري بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة والتحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها

ولا حجة لهم في الحديثين لأن الأمر بالتزويج يحتمل أنه كان ندبا لهم إلى الأفضل وهو اختيار الدين وترك الكفاءة فيما سواه والاقتصار عليه وهذا لا يمنع جواز الامتناع وعندنا الأفضل اعتبار الدين والاقتصار عليه ويحتمل أنه كان أمر إيجاب أمرهم بالتزويج منهما مع عدم الكفاءة تخصيصا لهم بذلك كما خص أبا طيبة بالتمكين من شرب دمه صلى الله عليه وسلم وخص خزيمة بقبول شهادته وحده ونحو ذلك ولا شركة في موضع الخصوصية حملنا الحديثين على ما قلنا توفيقا بين الدلائل

وأما الحديث الثالث فالمراد به أحكام الآخرة إذ لا يمكن حمله على أحكام الدنيا لظهور فضل العربي على العجمي في كثير من أحكام الدنيا فيحمل على أحكام الآخرة وبه نقول والقياس على القصاص غير سديد لأن القصاص شرع لمصلحة الحياة واعتبار الكفاءة فيه يؤدي إلى تفويت هذه المصلحة لأن كل أحد يقصد قتل عدوه الذي لا يكافئه فتفوت المصلحة المطلوبة من القصاص وفي اعتبار الكفاءة في باب النكاح تحقيق المصلحة المطلوبة من النكاح من الوجه الذي بينا فبطل الاعتبار وكذا الاعتبار بجانب المرأة لا يصح أيضا لأن الرجل لا يستنكف عن استفراش المرأة الدنيئة لأن الاستنكاف عن المستفرش لا عن المستفرش والزوج مستفرش فيستفرش الوطىء (((الوطيء))) والخشن

فصل وأما الثاني فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه هو إنكاح المرأة نفسها من غير رضا الأولياء لا يلزم

". (١)

"والإبراء إسقاط فكان إسقاطا من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه كالمتخاصمين في الديون إذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا كذا بالمبارأة والخلع مأخوذ من الخلع وهو النزع والنزع إخراج الشيء من الشيء فمعنى قولنا خلعها أي أخرجها من النكاح وذلك بإخراجها من سائر الأحكام بالنكاح وذلك إنما يكون بسقوط الأحكام الثابتة بالنكاح وهو معنى البراءة فكان الخلع في معنى البراءة والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف

وأما قول محمد أنه لم يوجد منها إسقاط غير المسمى فنقول إن لم يوجد نصا فقد وجد دلالة لما ذكرنا أن لفظ الخلع دليل عليه ولأن قصدهما من الخلع قطع المنازعة وإزالة الخلف بينهما والمنازعة والخلف إنما وقعا في حقوق النكاح ولا تندفع المنازعة والخلف إلا بإسقاط حقوقه فكان ذلك تسمية منها لسائر الحقوق المتعلقة بالنكاح دلالة بخلاف سائر الديون لأنه لا تعلق لها بالنكاح ولم تقع المنازعة فيها ولا في سببها فلا ينصرف الإسقاط إليها بخلاف الطلاق على مال لأنه لا يدل على إسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لا نصا ولا دلالة

وأما نفقة العدة فلأنها لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور إسقاطها بالخلع بخلاف النفقة الماضية لأنها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي أو **بالتراضي** فكان الخلع إسقاطا بعد الوجوب فصح ولو خلعها على نفقة العدة صح ولا تجب النفقة ولو أبرأت الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح لا يصح الإبراء وتجب النفقة لأن النفقة في النكاح تجب شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان يوما فيوما فكان الإبراء عنها إبراء قبل الوجوب فلم يصح فأما نفقة العدة فإنما تجب عند الخلع فكان الخلع على النفقة مانعا من وجوبها ولا يصح الخلع على السكنى والإبراء عنه لأن السكنى تجب حقا لله تعالى قال الله تعالى ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ فلا يملك العبد إسقاطه والله تعالى أعلم

فصل وأما الطلاق على مال فهو في أحكامه كالخلع لأن كل واحد طلاق بعوض فيعتبر في أحدهما ما يعتبر في الآخر إلا أنهما يختلفان من وجه وهو أن العوض إذا أبطل في الخلع بأن وقع الخلع على ما ليس بمال متقوم يبقى الطلاق بائنا وفي الطلاق على مال إذا أبطل العوض بأن سميا ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعيا لأن الخلع كناية والكنايات مبينات عندنا فأما الطلاق على مال فصريح وإنما تثبت البينونة بتسمية العوض إذا صحت التسمية فإذا لم تصح التحقت بالعدم فبقي صريح الطلاق فيكون رجعيا

ولو قال لها أنت طالق بألف درهم فقبلت طلقت وعليها ألف لأن حرف الباء حرف الصاق فيقتضي إلصاق البدل بالمبدل وكذلك لو قال أنت طالق على ألف درهم لأن على كلمة شرط

---

(١) بدائع الصنائع، ٣١٧/٢

يقال زرتك على أن تزورني أي بشرط أن تزورني وكذا قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلين (((تدخلي))) الدار كان دخول الدار شرطا كما لو قال إن دخلت الدار وهي كلمة إلزام أيضا فكان هذا إيقاع الطلاق بشرط أن تعطيه الألف عقيب وقوع الطلاق ويلزمها الألف فيقع الطلاق بقبولها وتجب عليها الألف

ولو قال أنت طالق وعليك ألف درهم طلقت المرأة الرجعية ولا شيء عليها من الألف سواء قبلت أو لم تقبل في قول أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد إذا قبلت طلقت بائنة وعليها الألف

وعلى هذا الخلاف إذا قالت المرأة لزوجها طلقني ولك ألف درهم فطلقها أنه يقع طلقة رجعية ولا يلزمها البدل في قول أبي حنيفة

وعندهما يقع الطلاق وعليها الألف وعلى هذا الخلاف إذا قال لعبده أنت حر وعليك ألف درهم أنه يعتق سواء قبل أو لم يقبل في قول أبي حنيفة وعندهما إذا قبل يعتق وعليه الألف

وجه قولهما أن هذه الواو واو حال فيقتضي أن وجوب الألف حال وقوع الطلاق والعتاق ولأن هذه اللفظة تستعمل في الأبدال فإن من قال لآخر احمل هذا الشيء إلى مكان كذا ولك درهم فحمل يستحق الأجرة كما لو قال له احمل بدرهم

ولأبي حنيفة أن كل واحدة من الكلامين كلام تام بنفسه أعني قوله أنت طالق وقوله وعليك ألف درهم لأن كل واحد منهما مبتدأ وخبر فلا يجعل الثاني متصلا بالأول إلا لضرورة والضرورة فيما كان الغالب فيه أن يكون بعوض كما في قوله إحمل هذا إلى بيتي ولك ألف ولا ضرورة في الطلاق والعتاق لأن الغالب وجودهما بغير عوض فلا يجعل الثاني متصلا بالأول من غير ضرورة

وأما قولهما الواو واو حال فممنوع بل واو عطف في الإخبار معناه أخبرك

". (١)

"وملحفة وسراويل أيضا في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن إذا كان من الفقراء واللين إذا كان من الأغنياء والوسط إذا كان من الأوساط وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان إلا الخمار فإنه يفرض على الغني خمار حرير وفي الشتاء يزاد على ذلك حشويا وفروة بحسب اختلاف البلاد في الحر والبرد

وأما نفقة الخادم فقد قيل أن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة إمرأته وهو أدنى الكفاية وكذا الكسوة

---

(١) بدائع الصنائع، ١٥٢/٣

ولو اختلفا فقالت المرأة أنه موسر وعليه نفقة الموسرين وقال الزوج إني معسر وعلي نفقة المعسرين والقاضي لا يعلم بحاله ذكر (((ذكره))) في كتاب النكاح أن القول قول الزوج مع يمينه وكذا ذكر القاضي والخصاف

وذكر محمد في الزيادات أن القول قول المرأة مع يمينها وأصل هذا أنه متى وقع الاختلاف بين الطالب وبين المطلوب في يسار المطلوب وإعساره في سائر الديون فالمشايخ اختلفوا فيه منهم من جعل القول قول المطلوب مطلقا ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقا ومنهم من حكم فيه رأي المطلوب ومحمد فصل بين الأمرين فجعل القول قول الطالب في البعض وقول المطلوب في البعض وذكر في الفضل (((الفصل))) أصلا يوجب أن يكون القول في النفقة قول المرأة وكذا فصل الخصاف لكنه ذكر أصلا يقتضي أن يكون القول في النفقة قول الزوج وبيان الأصلين وذكر الحجج يأتي في كتاب الحبس إن شاء الله تعالى

فإن أقامت المرأة البينة على يساره قبلت بينتها وإن أقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لأنها مثبتة وبينة الزوج لا تثبت شيئا ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر ثم أيسر قبل تمام الشهر يزيدها في الفرض لأن النفقة تختلف باختلاف اليسار والإعسار وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فإنه يزيدها في الفرض

لأن الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة شهر فدفعها الزوج إليها ثم ضاعت قبل تمام الشهر فليس عليه نفقة أخرى حتى يمضي الشهر وكذا إذا كساها الزوج فضاعت الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضي المدة التي أخذت لها الكسوة بخلاف نفقة الأقارب فإن هناك يجبر على نفقة أخرى وكسوة أخرى لتمام المدة التي أخذ لها الكسوة إذا حلف أنها ضاعت

ووجه الفرق أن تلك النفقة تجب للحاجة ألا ترى أنها لا تجب إلا للمحتاج وقد تحققت الحاجة إلى نفقة أخرى وكسوة أخرى ووجوب هذه النفقة ليس معلولا بالحاجة بدليل أنها تجب للموسرة إلا أن لها شبها بالأعواض وقد جعلت عوضا عن الاحتباس في جميع الشهر فلا يلزمه عوض آخر في هذه المدة ولو فرض القاضي لها نفقة أو كسوة فمضى الوقت الذي أخذت له وقد بقيت تلك النفقة أو الكسوة بأن أكلت من مال آخر أو لبست ثوبا آخر فلها عليه نفقة أخرى وكسوة أخرى بخلاف نفقة الأقارب

والفرق ما ذكرنا أن نفقة الأقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة وإنما تجب جزاء على الاحتباس لكن لها شبهة العوضية عن الاحتباس وقد جعلت عوضا في هذه المدة وهي محتبسة بعد مضي هذه المدة بحبس آخر فلا بد لها من عوض آخر ولو نفدت نفقتها قبل مضي المدة التي لها أخذت أو تخرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضي المدة بخلاف نفقة الأقارب وكسوتهم والفرق نحو ما ذكرنا والله أعلم

فصل وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء في كيفية وجوبها قال أصحابنا أنها تجب على وجه لا يصير دينا في ذمة الزوج إلا بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين فإن لم يوجد أحد هذين تسقط بمضي الزمان وقال الشافعي أنها تصير دينا في الذمة من غير قضاء القاضي ولا رضاه ولا تسقط بمضي الزمان فيقع الكلام في هذا

الفصل في مواضع في بيان أن الفرض من القاضي أو **التراضي** هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا في ذمة الزوج أم لا وفي بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج إذا كان شرطا وفي بيان حكم صيرورتها دينا في ذمة الزوج

أما الأول فهو على الاختلاف الذي ذكرنا احتج الشافعي بقوله عز وجل ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ وعلى كلمة إيجاب فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقا عن الزمان

وقوله عز وجل ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ﴾ أمر تعالى بالإنفاق

---

(١) ".

"مطلقا عن الوقت ولأن النفقة قد وجبت

والأصل أن ما وجب على إنسان لا يسقط إلا بالإيصال أو بالإبراء (((الإبراء))) كسائر الواجبات ولأنها وجبت عوضا لوجوبها بمقابلة المتعة فبقيت في الذمة من غير قضاء كالمهر

والدليل عليه أن الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها والصلة لا تحتمل الحبس والجبر

ولنا أن هذه النفقة تجري مجرى الصلة وإن كانت تشبه الأعواض لكنها ليست بعوض حقيقة لأنها لو كانت عوضا حقيقة فأما إن كانت عوضا عن نفس المتعة وهي الاستمتاع وإما إن كانت عوضا عن ملك المتعة وهي الاختصاص بها لا سبيل إلى الأول لأن الزوج ملك متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفا في ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له ومن تصرف في ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه للثاني لأن ملك المتعة قد قوبل بعوض مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض فلا يكون عوضا حقيقة بل كانت صلة ولذلك سماها الله تعالى رزقا بقوله عز وجل ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ والرزق اسم للصلة كرزق القاضي والصلات لا تملك بأنفسها بل بقرينة تنضم إليها وهي القبض كما في الهبة أو قضاء القاضي لأن القاضي له ولاية الإلزام في الجملة أو **التراضي** لأن ولاية الإنسان على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه بخلاف المهر لأنه أوجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا مطلقا فلا يسقط بمضي الزمان كسائر الديون المطلقة ولا حجة له في الآيتين لأن فيهما وجوب النفقة لا بقاؤها واجبة لأنهما لا يتعرضان للوقت فلو ثبت البقاء إنما يثبت باستصحاب الحال وإنه لا يصلح لإلزام الخصم

وأما قوله أن الأصل فيما وجب على إنسان لا يسقط إلا بالإيصال أو الإبراء فنقول هذا حكم الواجب مطلقا لا حكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه أنه يسقط بمضي الزمان كنفقة الأقارب وأجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله إنها وجبت عوضا

وأما الجبر والحبس فالصلة تحتمل ذلك في الجملة فإنه يجبر على نفقة الأقارب ويحبس بها وإن كانت صلة وكذا من أوصى بأن يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصي فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة في العبد يجبر عليه ويحبس بأنه وإن كانت الهبة صلة فدل أن الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة

---

(١) بدائع الصنائع، ٤/ ٢٥

وعلى هذا يخرج ما إذا استدانت على الزوج قبل الفرض أو التراضي فأنفقت أنها لا ترجع بذلك على الزوج بل تكون متطوعة في الإنفاق سواء كان الزوج غائبا أو حاضرا لأنها (((أنها))) لم تصر دينا في ذمة الزوج لعدم شرط صيرورتها دينا في ذمته فكانت الاستدانة إلزام الدين الزوج بغير أمره وأمر من له ولاية الأمر فلم يصح وكذا إذا أنفقت من مال نفسها لما قلنا

وكذا لو أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضي والتراضي لا يصح الإبراء لأنه إبراء عما ليس بواجب والإبراء إسقاط وإسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضي ما يكفيها فإن القاضي يفرض لها ما يكفيها لأنها حطت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل كالإبراء والله أعلم

وأما الثاني فلوجوب الفرض على القاضي وجوازه منه شرطان أحدهما طلب المرأة الفرض منه لأنه إنما يفرض النفقة على الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق

والثاني حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائبا فطلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وإن كان القاضي عالما بالزوجية وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قول شريح وقد كان أبو حنيفة أولا يقول وهو قول إبراهيم النخعي أن هذا ليس بشرط ويفرض القاضي النفقة على الغائب وحجة هذا القول ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وذلك من النبي صلى الله عليه وسلم كان فرضا للنفقة على أبي سفيان وكان غائبا وحجة القول الأخير أن الفرض من القاضي على الغائب قضاء عليه وقد صح من أصلنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد

وأما الحديث فلا حجة له فيه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما قال لهند على سبيل الفتوى لا على طريق القضاء بدليل أنه لم يقدر لها ما تأخذه من مال أبي سفيان وفرض النفقة من القاضي تقديرها فإذا لم تقدر لم تكن فرضا فلم تكن قضاء تحقيقه إن من يجوز القضاء على الغائب فإنما يجوزه إذا كان غائبا

---

(١) ".

"الكفيل ولو أقرت المرأة أنها كانت قد تعجلت النفقة من الزوج فإن الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة فيظهر في حقها لا في حق الكفيل ولو طلبت الزوجة من الحاكم أن يدفع مهرها ونفقتها من الوديعة والدين لم يفعل ذلك وإن كان عالما بهما لأن القضاء بالنفقة في الوديعة والدين كان نظرا للغائب لما في الإنفاق من إحياء زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر أنه يرضى بذلك وهذا المعنى لا يوجد في المهر والدين ولو كان الحاكم فرض لها على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحاكم أن يقضي لها بنفقة ماضية في الوديعة والدين قضى لها بذلك لأنه لما جاز القضاء بالنفقة في الوديعة والدين يستوي فيه الماضي والمستقبل لأن طريق الجواز لا يختلف

---

(١) بدائع الصنائع، ٤/ ٢٦

وكذلك إذا كان للغائب مال حاضر وهو من جنس النفقة وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمني فقراء أو أناث فقيرات ووالدان فقيران فإن كان المال في أيديهم فلهم أن ينفقوا منه على أنفسهم وإن طلبوا من القاضي فرض النفقة منه فرض لأن الفرض منه يكون إعانة لا قضاء وإن كان المال في يد مودعه أو كان دينا على إنسان فرض القاضي نفقتهم منه

وكذلك إذا أقر المودع والمديون بالوديعة والدين والنسب أو علم القاضي بذلك لأن نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق الاحياء لأن الإنسان يرضى بإحياء كله وجزئه من ماله ولهذا كان لأحدهما أن يمد يده إلى مال الآخر عند الحاجة ويأخذه من غير قضاء ولا رضا وقد تحققت الحاجة ههنا فكان للقاضي أن يفرض ذلك من طريق الإعانة لصاحب الحق وأن جحدهما أو أحدهما ولا علم للقاضي به لم يفرض لما ذكرنا في الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوي الرحم المحرم نفقتهم في مال الغائب لأن نفقتهم من طريق الصلة المحضة إذ ليس لهم حق في مال الغائب أصلا

ألا ترى أنه ليس لأحد أن يمد يده إلى مال صاحبه فيأخذه وإن مست حاجته من غير قضاء القاضي فكان الفرض قضاء على الغائب من غير خصم حاضر فلا يجوز وإن لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوا بأنفسهم وليس للقاضي أن يبيع على الغائب في النفقة على هؤلاء العقار بالإجماع والحكم في العروض ما بينا من الاتفاق أو الاختلاف

وفي بيع الأب العروض خلاف نذكره في نفقة المحارم

وأما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض حتى لو كان معسرا وطلبت المرأة الفرض من القاضي فرض عليه إذا كان حاضرا وتستدين عليه فتنفق على نفسها لأن الاعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض وإذا طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة على زوجها الحاضر فإن كان قبل النقلة وهي بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها بحق فرض القاضي لها إعانة لها على الوصول إلى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه وإن كان بعدما حولها إلى منزله فزعمت أنه ليس ينفق عليها أو شكت التضييق في النفقة فلا ينبغي له أن يعجل بالفرض ولكنه يأمره بالنفقة والتوسيع فيها لأن ذلك من باب الإمساك بالمعروف وأنه مأمور به ويتأتى في الفرض ويتولى الزوج الإنفاق بنفسه قبل الفرض إلى أن يظهر ظلمه بالترك والتضييق في النفقة فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر ويأمره أن يدفع النفقة إليها لتنفق هي بنفسها على نف‍سها

ولو قالت أيها القاضي أنه يريد أن يغيب فخذ لي منه كفيلا بالنفقة لا يجبره القاضي على إعطاء الكفيل لأن نفقة المستقبل غير واجبة للحال فلا يجبر على الكفيل مما (((بما))) ليس بواجب

يحققه أنه لا يجبر على التكفيل بدين واجب فكيف بغير الواجب وإلى هذا أشار أبو حنيفة فقال لا أوجب عليه كفيلا بنفقة لم تجب لها بعد

وقال أبو يوسف أستحسن أن آخذ لها منه كفيلا بنفقة أشهر لأنا نعلم بالعادة أن هذا القدر يجب في السفر لأن السفر يمتد إلى شهر غالبا والجواب أن نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلا بما ليس بواجب فلا يجبر عليه ولكن لو أعطاها كفيلا جاز لأن الكفالة بما يذوب (((ينوب))) على فلان جائزة

وأما الثالث وهو بيان حكم صيرورة هذه النفقة دينا في ذمة الزوج فنقول إذا فرض القاضي لها نفقة كل شهر أو تراضيا على ذلك ثم منعها الزوج قبل ذلك أشهرا غائبا كان أو حاضرا فلها أن تطالبه بنفقة ما مضى لأنها لما صارت دينا بالفرض أو **التراضي** صارت في استحقاق المطالبة بها كسائر الديون بخلاف نفقة الأقارب إذا مضت المدة ولم تؤخذ أنها تسقط لأنها لا تصير دينا رأسا لأن وجوبها

". (١)

"للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله فأما وجوب هذه النفقة فليس للكفاية وإن كانت مقدرة بالكفاية

ألا ترى أنها تجب مع الاستغناء بأن كانت موسرة وليس في معنى (((مضي))) الزمان إلا الاستغناء فلا يمنع بقاء الواجب ولو انفقت من مالها بعد الفرض أو **التراضي** لها أنه ترجع على الزوج لأن النفقة صارت دينا عليه

وكذلك إذا استدانت على الزوج لما قلنا سواء كانت استدانتها بإذن القاضي أو بغير إذنه غير أنها إن كانت بغير إذن القاضي كانت المطالبة عليها خاصة (((خاصة))) ولم يكن للغريم أن يطالب الزوج بما استدانت وإن كانت بإذن القاضي لها أن تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فائدة إذن القاضي بالاستدانة ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حبسه لها أن تحبسه لأن النفقة لما صارت دينا عليه بالقضاء صارت كسائر الديون إلا أنه لا ينبغي أن يحبسه في أول مرة تقدم إليه بل يؤخر الحبس إلى مجلسين أو ثلاثة يعظه في كل مجلس يقدم إليه

فإن لم يدفع حبسه حينئذ كما في سائر الديون لما نذكر فيك تاب (((كتاب))) الحبس إن شاء الله تعالى

وإذا حبس لأجل النفقة فما كان من جنس النفقة سلمه القاضي إليها بغير رضاه بالإجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيئا من ذلك ولكن يأمره أن يبيع بنفسه وكذا في سائر الديون في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يبيع عليه وهي مسألة الحجر على الحر العاقل البالغ نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى

فإن ادعى الزوج أنه قد أعطاها النفقة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها لأن الزوج يدعي قضاء دين عليه وهي منكرة فيكون القول قولها مع يمينها كما في سائر الديون ولو أعطاها الزوج مالا فاختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هي هو من النفقة فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأن التمليك منه فكان هو أعرف بجهة التمليك كما لو بعث إليها شيئا فقالت هو هدية وقال هو من المهر أن القول فيه قوله إلا في الطعام الذي يؤكل لما قلنا كذا هذا

ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت عن نفقتها جاز لكن برضا الزوج لأن التقاص (((التقاصر))) إنما يقع بين الدينين المماثلين (((المتماثلين))) ألا ترى أنه لا يقع بين الجيد والرديء ودين الزوج أقوى بدليل أنه لا يسقط

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٨/٤

بالموت ودين النفقة يسقط بالموت فأشبه (((فاشتبه))) الجيد بالرديء فلا بد من المقاصة بخلاف غيرها من الديون والله أعلم

فصل وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا في ذمة الزوج فالمسقط لها بعد الوجوب قبل (((قيل))) صيرورتها دينا في الذمة واحد وهو مضي الزمان من غير فرض القاضي **والتراضي**

وأما المسقط لها بعد صيرورتها دينا في الذمة فأمور منها الإبراء عن النفقة الماضية لأنها لما صارت دينا في ذمته كان الإبراء إسقاطا لدين واجب فيصح كما في سائر الديون ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الإبراء لأنها تجب شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان فكان الإبراء منها إسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب أيضا وهو حق الحبس لأنه لا يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح وكذا يصح هبة النفقة الماضية لأن هبة الدين يكون إبراء عنه فيكون إسقاط دين واجب فيصح ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا

ومنها موت أحد الزوجين حتى لو مات الرجل قبل إعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوا لما ذكرنا أنها تجري مجرى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة فإن كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضي ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان قائما أو مستهلكا وكذلك لو ماتت هي لم يرجع للزوج (((الزوج))) في تركتها عندهما

وقال محمد لها حصة ما مضى من النفقة والكسوة ويجب رد الباقي إن كان قائما وإن كان هالكا فلا شيء بالإجماع

وروى ابن رستم عن محمد أنها إن كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشيء وإن كان المفروض أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردت ما بقي وجه هذه الرواية أن الشهر فما دونه في حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليه في حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين

وجه ظاهر قول محمد أن هذه النفقة تشبه الأعواض فتسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالإجارة إذا عجل المستأجر الأجرة ثم مات أحدهما

---

(١) ".

"استحسان وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف أن الأم لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير وكذا الأولاد لا يبيعون مال الأبوين

وجه قولهما وهو القياس أنه لا ولاية للأب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الأقارب سواء ولهذا لا يبيع العقار وكذا العروض

---

(١) بدائع الصنائع، ٤/٢٩

ولأبي حنيفة أن في بيع العروض نظرا للولد الغائب لأن العروض مما يخاف عليه الهلاك فكان بيعها من باب الحفظ والأب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار فإنه محفوظ بنفسه فلا حاجة إلى حفظه بالبيع فيبقى بيعه تصرفا على الولد الكبير فلا يملكه ولأن الشرع أضاف مال الولد إلى الوالد وسماه كسبا له فإن لم يظهر ذلك في حقيقة الملك فلا أقل من أن يظهر في ولاية بيع عرضه عند الحاجة

فصل وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الأقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف لأنها تجب للحاجة فتتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع إن كان رضيعا لأن وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء فإن كان للمنفق عليه خادم يحتاج إلى خدمته تفرض له أيضا لأن ذلك من جملة الكفاية

فصل وأما بيان كيفية وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير دينا في الذمة أصلا سواء فرضها القاضي أو لا بخلاف نفقة الزوجات فإنها تصير دينا في الذمة بفرض القاضي أو **بالتراضي** حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط وفي نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة في مدة الفرض وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين في أشياء منها ما وصفناه آنفا أن نفقة المرأة تصير دينا بالقضاء أو بالرضا ونفقة الأقارب لا تصير دينا أصلا ورأسا

ومنها أن نفقة الأقارب أو كسوتهم لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات أو كسوتهن تجب للمعسرة والموسرة

ومنها أن نفقة الأقارب أو كسوتهم إذا هلكت قبل مضي مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفي نفقة الزوجات لا تجب

ومنها أن نفقة الأقارب أو كسوتهم إذا تعينت (((تعيبت))) بعد مضي المدة لا تجب أخرى وفي نفقة الزوجات تجب وقد مر الفرق بين هذه الجملة في فصل نفقة الزوجات

ومنها أنه إذا عجل نفقة مدة في الأقارب فمات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيئا منها بلا خلاف وفي نفقة الزوجات خلاف محمد ويحبس في نفقة الأقارب كما يحبس في نفقة الزوجات أما غير الأب فلا شك فيه وأما الأب فيحبس في نفقة الولد أيضا ولا يحبس في سائر ديونه لأن إيذاء الأب حرام في الأصل وفي الحبس إيذاؤه إلا أن في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون ولأن ههنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق أعني النفقة لأنها تسقط بمضي الزمان فتقع الحاجة إلى الاستدراك بالحبس لأن الحبس يحمله على الأداء فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس يفوت حقه رأسا فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المع نى لا يوجد في سائر الديون لأنها لا تفوت بمضي الزمان فلا ضرورة إلى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا أن الممتنع من النفقة يضرب (((يضر))) ولا يحبس بخلاف الممتنع من

سائر الحقوق لأنه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لأنه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق وكذلك الجد أب الأب وإن علا لأنه يقوم مقام الأب عند عدمه

فصل وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة لما ذكرنا أن هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه والله أعلم

فصل وأما نفقة الرقيق فالكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان وجوب هذه النفقة وفي بيان سبب وجوبها وفي بيان شرط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان كيفية الوجوب

أما الأول فوجوبها ثابت

." (١)

"على ملكه وأنه يحتمل لهذه التصرفات كما في حال الابتداء

وأما خيار السعاية فلأن نصيبه صار محتسبا عند العبد لحقه لثبوت العتق له في نصفه فيصير مضمونا عليه كما إذا انصبغ ثوب إنسان بصبغ غيره من غير صنع أحد فاختار صاحب الثوب الثوب أنه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ محتسبا عنده لقيامه بثوب مملوك له لا يمكنه التمييز كذا ههنا ولأن في السعاية سلامة نفسه ورقبته له وإن لم تصر رقبته مملوكة له

ويجوز إيجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تملك كالمكاتب وشراء العبد نفسه من مولاه ولأن منفعة الإعتاق حصلت فكان عليه ضمانه لقوله الخراج بالضمان ثم خيار السعاية مذهبنا وقال الشافعي لا أعرف السعاية في الشريعة

والوجه لقوله أن ضمان السعاية إما أن يكون ضمان إتلاف وإما أن يكون ضمان تملك ولا إتلاف من العبد بوجه إذ لا صنع له في الإعتاق رأسا ولا ملك يحصل للعبد في نفسه بالضمان ولأن المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة وهي كون الشيء الواحد واجبا عليه وله ولأن العبد معسر والضمان في هذا الباب لا يجب على المعسر ألا ترى أنه لا يجب على المعتق إذا كان معسرا مع وجود الإعتاق منه فالعبد أولى

ولنا ما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وروى محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن الحجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله أنه قال من أعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه قيمة عدل فإن كان موسرا ضمن نصيب شريكه وإن كان معسرا سعى العبد غير مشقوق عليه فدل أن القول بالسعاية لازم في الجملة عرفها الشافعي أو لم يعرفها وكذا ما ذكرنا من المعاني

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٨/٤

وبه يتبين أن ضمان السعاية ليس ضمان إتلاف ولا ضمان تملك بل هو ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة لأن كل ذلك من أسباب الضمان على ما بينا

وقوله لا يجب للمولى على عبده دين

قلنا وقد يجب كالماكتب (((كالمكاتب))) والمستسعى في حكم المكاتب عنده إلى أن يؤدي السعاية إلى الشريك الساكت إذا اختار السعاية أو إلى المعتق إذا ضمنه الشريك الساكت لأنه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب وتثبت فيه جميع أحكام المكاتب من الإرث والشهادة والنكاح فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج إلا اثنتين لا يفترقان إلا في وجه واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق والمستسعى لا يرد في الرق إذا عجز لأن الموجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده وهو ثبوت الحرية في جزء منه ولأن رده في الرق ههنا لا يفيد لأنا لو رددناه إلى الرق لاحتجنا إلى أن نجبره على السعاية عليه ثانيا فلا يفيد الرق

فإن قيل بدل الكتابة لا يلزم العبد إلا برضاه والسعاية تلزمه من غير رضاه فأنى يستويان فالجواب أنه إنما كان كذلك لأن بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد إذ المكاتبة معاوضة من وجه فافتقرت إلى **التراضي** والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا لأن الرضا إنما شرط في الكتابة للمبتدأة (((المبتدأة))) لأنه يجوز أن يرضى بها العبد ويجوز أن لا يرضى بها ويختار البقاء على الرق فوقفت على الرضا وههنا لا سبيل إلى استبقائه على الرق شرعا إذ لا يجوز ذلك فلم يشرط رضاه للزوم السعاية

ثم اختلف أصحابنا فقال أبو حنيفة هذا الخيار يثبت للشريك الذي لم يعتق سواء كان المعتق معسرا أو موسرا

وقال أبو يوسف ومحمد لا يثبت إلا إذا كان معسرا لأن الإعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان المعتق متلفا نصيب الشريك فوجب عليه الضمان ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية فكان ينبغي أن لا يجب حال الإعسار أيضا وأن لا يكون الواجب إلا الضمان في الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسي وهو القياس لأن ضمان الإتلاف لا يختلف بالإعسار واليسار إلا أنا عرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذي روينا والنص ورد فيها في حال الإعسار فحال اليسار يقف على أصل القياس ولما كان متجزئا عنده لم يكن الإعتاق إتلافا لنصيب الشريك حتى يوجب ضمان الإتلاف لكن بقي نصيبه محتسبا عند العبد بحقه بحيث لا يمكن استخلاصه منه وهذا يوجب الضمان على ما بينا وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار وبين حال الإعسار فيثبت خيار السعاية في الحالين وإذا عتق بالإعتاق أو بالسعاية أو ببدل الكتابة فالولاء بينهما لأن ال و لاء للمعتق والإعتاق حصل منهما

وأما خيار التضمين حال يسار

---

(١) ".

---

(١) بدائع الصنائع، ٤/٨٨

"والألواح تابعة للصناعة بدليل أن من غصب خشبة فعملها سفينة ملكها فكان تركيت (((تركيب))) الألواح بمنزلة اتخاذ سفينة أخرى فلم يجبر على تسليمها إلى المستأجر بخلاف الدار لأن عرصة الدار ليست بتابعة للبناء بل العرصة فيها أصل فإذا بناها فقد بنى تلك الدار بعينها فيجبر على التسليم

وقال محمد فيمن استأجر رحى ماء سنة فانقطع الماء بعد ستة أشهر فأمسك الرحى حتى مضت المدة فعليه أجر للستة أشهر الماضية ولا شيء عليه لما بقي لأن منفعة الرحى قد بطلت فانفسخ العقد قال فإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه بقي شيء من المعقود عليه له حصة في العقد فإذا استوفى لزمه حصته فإن سلم المؤاجر الدار إلا بيتا منها ثم منعه رب الدار أو غيره بعد ذلك من البيت فلا أجر على المستأجر في البيت لأنه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه حصة ما لم يستوف وللمستأجر أن يمتنع من قبول الدار بغير البيت وأن يفسخ الإجارة إذا حدث ذلك بعد قبضه لأن الصفقة تفرقت في المعقود عليه وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار

ولو استأجر دارا أشهرا مسماة فلم تسلم إليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم أراد أن يتسلم الدار فيما بقي من المدة فله ذلك وليس للمستأجر أن يأبى ذلك وكذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر فمنعه إياها ثم أراد أن يسلمها فذلك له وليس للمستأجر أن يمتنع لأن الخيار إنما يثبت بحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها مجتمعة والصفقة ههنا حينما وقعت وقعت متفرقة لأن المنافع تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ فكان أول جزء من المنفعة مملوكا بعقد والثاني مملوكا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في أحدهما لا يؤثر في الآخر فإن استأجر دارين فسقطت إحداهما أو منعه مانع من إحداهما أو حدث في إحداهما عيب فله أن يتركهما جميعا لأن العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله عز وجل أعلم

والثاني عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر فإن حدث بأحدهما أو بالمستأجر عذر لا يبقى العقد لازما وله أن يفسخ وهذا عند أصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط بقاء العقد لازما ولقب المسألة أن الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا خلافا له

وجه قوله أن الإجارة أحد نوعي البيع فيكون لازما كالنوع الآخر وهو بيع الأعيان والجامع بينهما أن العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ إلا باتفاقهما

ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكر (((يذكر))) في تفصيل الأعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله أن هذا بيع لأنا نقول نعم لكنه عجز عن المضي في موجبه إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر

وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ إلا باتفاقهما أن هذا هكذا إذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد إلا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط **التراضي** على الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلا ليقلعها (((ليقلعه))) فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في يده آكلة فاستأجر رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت (((برئت))) يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا

وإذا ثبت أن الإجارة تفسخ بالأعذار فلا بد من بيان الأعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق أن العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانب المؤاجر وقد يكون في جانب المستأجر

أما الذي في جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من السوق أو يريد سفرا أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من حرفة إلى حرفة لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضرار به ضررا لم يلتزمه العقد فلا يجبر على عمله وإذا عزم على السفر ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفي إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضا لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون إلا للإعراض عن الأول ورغبته عنه فإن منعناه عن الانتقال أضررنا به وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به ولو أراد

---

(١) ".

"التعجيل فإن كان عجل أو شرط عليه التعجيل فأعتق العبد واختار المضي على الإجارة فالأجرة كلها للمولى لأنه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل

وإن اختار الفسخ يرد النصف إلى المستأجر لأن الأجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم له إلا منفعة نصف المدة وسواء كان المولى أجره بنفسه أو أذن للعبد أن يؤاجر نفسه سنة فأجر ثم أعتقه المولى في نصف المدة لأن عقده بإذن المولى كعقد المولى بنفسه إلا أن قبض الأجرة ثم أعتقه المولى في المدة لأن إجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار الإمضاء في العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الإعتاق بخلاف المأذون

ومنها بلوغ الصبي المستأجر آجره أبوه أو وصي أبيه أو جده أو وصي جده أو القاضي أو أمينه فبلغ في المدة فهو عذر إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبي لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه فكان عذرا

ولو أجر واحد من هؤلاء شيئا من ماله فبلغ قبل تمام المدة لا خيار له والفرق بين إجارة النفس والمال ذكره في كتاب البيوع أن إجارة ماله تصرف نظر في حقه فلا يملك إبطاله بالبلوغ فأما إجارة النفس فهو في وضعها إضرار وإنما يملكها الولي أو الوصي من حيث هي تأديب وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ فأما غلاء أجر المثل فليس بعذر تنفسخ

---

(١) بدائع الصنائع، ١٩٧/٤

به الإجارة إلا في إجارة الوقف حتى لو آجر دارا هي ملكه ثم غلا أجر مثل الدار ليس (((فليس))) له أن يفسخ العقد إلا في الوقف فإنه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة وفيما مضى يجب المسمى بقدره وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدور

فأما إذا جاء واحد وزاد في الأجرة تعنتا على المستأجر الأول فلا يعتبر ذلك ثم إنما تفسخ هذه الإجارة إذا أمكن الفسخ فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الأرض زرع لم يستحصد لأن في القلع ضررا بالمستأجر فلا تفسخ بل تترك إلى أن يستحصد الرزع (((الزرع))) بأجر المثل فإلى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة إلى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا إذا غلا أجر مثل الوقف فأما إذا رخص فإن الإجارة لا تفسخ لأن المستأجر رضي بذلك القدر وزيادة ولأن الفسخ في الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا تفسخ

وأما العذر في استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبي من لبنها لأنه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد أو بقي من لبنها لأن الصبي يتضرر به أو تحبل الظئر لأن لبن الحامل يضر بالصبي أو تكون سارقة لأنهم يخافون على متاعهم أو تكون فاجرة بينة الفجور لأنها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبي أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم وأبت الظئر أن تخرج معهم لأن في إلزامهم ترك المسافرة إضرارا بهم وفي إبقاء العقد بعد السفر إضرارا أيضا أو تمرض الظئر لأن الصبي يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالإرضاع في المرض أيضا فيثبت حق الفسخ من الجانبين فإن كانوا يؤذونها بألسنتهم أمروا أن يكفوا عنها فإن لم يكفوا كان لها أن تخرج لأن الأذية محظورة فعليهم تركها فإن لم يتركوها كان في إبقاء العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا وللزوج أن يخرجها من الرضاع إن لم تكن الإجارة برضاه

وقيل هو على التفصيل إن كان ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ لأنه يعير بذلك فيتضرر به وإن كان ممن لا يشينه ذلك لم يكن له أن يفسخ لأن المملوك بالنكاح منافع بضعها لا منافع ثديها فكانت هي بالإجارة متصرفة في حقها وقيل له الفسخ في الوجهين لأنها إن أرضعت الصبي في بيتهم فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وإن أرضعت في بيته فله أن يمنعها من إدخال الصبي إلى بيته ثم إذا اعترض شيء من هذه الأعذار التي وصفناها فالإجارة تنفسخ بنفسه (((بنفسها))) أو تحتاج إلى الفسخ

قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم لا تنفسخ والصواب أنه ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعا بأن كان المضي فيه حراما فالإجارة تنتقض بنفسها كما في الإجارة على قلع الضرس إذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتآكلة إذا برأت (((برئت))) ونحو ذلك وإن كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد لا ينفسخ إلا بالفسخ وهل يحتاج فيه إلى فسخ القاضي أو التراضي ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير أنه لا يحتاج إليه بل للعاقد فسخها

وذكر في الزيادات أنها لا تنفسخ (((تفسخ))) إلا بفسخ القاضي أو التراضي وجه ما ذكر في الزيادات أن هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فأشبه الرد بالعيب بعد القبض

". (١)

"خلاف الظاهر وإن كان الثوب مستهلكا قبل أن يعلم وزنه ولم يقر المستعمل أن فيه ما قال الصانع فالقول قول رب الثوب لأن الصانع يدعي عليه الضمان ولا ظاهر ههنا يشهد له فلم يقبل قوله

وقال هشام عن محمد في رجل دفع إلى صائغ عشرة دراهم فضة وقال زد عليها درهمين قرضا علي فصغه قلبا وأجرك درهم فصاغه وجاء به محشوا فاختلفا فقال الصائغ قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب لم تزد شيئا

قال محمد يتحالفان ثم الصائغ بالخيار إن شاء دفع القلب وأخذ منه أجرة خمسة دوانيق وإن شاء دفع إليه عشرة دراهم قضة (((فضة))) وأخذ القلب

أما التحالف فلأن الصائغ يدعي على صاحب القلب القرض وهو ينكر فيستحلف وصاحب القلب يدعي على الصائغ استحقاق القلب بغير شيء وهو ينكر فيستحلف وإذا بطل دعوى الصائغ في القلب علم أن الوزن عشرة وإنما بذل صاحب القلب للصائغ درهما لصياغته اثني عشر درهما فإذا لم تثبت الزيادة تلزمه للعشرة خمس (((خمسة))) دوانيق وإنما كان للصائغ أن يحبس القلب ويعطي صاحب القلب مثل فضته لأن عنده أن الزيادة ثابتة وأنه يتقرر ببطلان حقه عليها من غير عوض القرض فلا يجوز استحقاقها من غير رضاه ولا ضرر على صاحب القلب لأنه وصل إليه مثل حقه

وقال ابن سماعة عن محمد في رجل دفع إلى نداف ثوبا وقطنا يندف عليه وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ثم إن صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين أستارا من قطن فاختلفا فقال صاحب الثوب دفعت إليك خمسة عشر أستارا من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص إن رأيت فلم تزد إلا خمسة أساتير

وقال النداف دفعت إلي عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة فزدتها فالقول قول النداف وعلى صاحب الثوب أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطن كما ادعى لأن صاحب الثوب لا يدعي على النداف مخالفة ما أمره به وإنما يدعي أنه دفع إليه خمسة عشر أستارا فكان القول قول النداف في مقداره فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب وإن كان صاحب الثوب قال دفعت إليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر

وقال النداف دفعت إلي عشرة وأمرتني أن أزيد عليه عشرة فزدت عليه عشرة فصاحب الثوب في هذا بالخيار إن شاء صدقه ودفع إليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه وإن شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير قطن وكان الثوب للنداف لأن النداف يزعم أنه فعل ما أمره به وصاحب الثوب يدعي الخلاف فكان القول قوله فيما أمر به والقول قول النداف في مقدار ما قبض

وقال بشر عن أبي يوسف في رجل أعطى رجلا ثوبا ليقطعه قباء محشوا ودفع إليه البطانة والقطن فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والأجر (((والأجرة))) فإن الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير أن رب الثوب إن قال إن البطانة ليست بطانتي فالقول في ذلك قول الخياط مع يمينه ألبتة أن هذا بطانته ويلزم رب الثوب ويسع رب

---

(١) بدائع الصنائع، ٤/٢٠٠

الثوب أن يأخذ البطانة فيلبسها لأن البطانة أمانة في يد الخياط فكان القول قوله فيها ثم إن كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها وإن كانت غيرها فقد رضي الخياط بدفعها إليه بدل بطانته فحل له لبسها

وروى بشر وابن سماعة عن أبي يوسف فيمن أعطى حمالا متاعا ليحمله من موضع بأجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي وقال الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يلزم الآمر الأجر إلا أن يصدقه ويأخذه لأن المتاع أمانة في يد الحمال فكان القول قوله ولا يلزم صاحب المتاع لأنه لم يعترف باستيفاء المنافع فإن صدقه فقد رجع عن قوله فوجب عليه الأجر قال والنوع الواحد والنوعان في هذا سواء إلا أنه في النوع الواحد أفحش وأقبح يريد بهذا لو حمله طعاما أو زيتا

وقال الأجير هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامي أجود من هذا فإن هذا يفحش أن يكون القول فيه قول رب الطعام ويبطل الأجر ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الأجر إن كان قد حمله فأما إذا كانا نوعين مختلفين بأن جاء بشعير

وقال رب الطعام كان طعامي حنطة فلا أجر للحمال حتى يصدقه ويأخذه وإنما قال يقبح في الجنس الواحد لأن عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام أن يأخذ الشعير عوضا عن طعامه لأن الحمال قد بذل له ذلك فإذا أخذ العوض سلمت له المنفعة فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر إلا **بالتراضي** بالبيع فما لم يصدقه لا يستحق عليه الأجر

ولو اختلف الصانع والمستأجر في أصل الأجر كالنساج والقصار والخفاف

---

(١) ".

"ذلك عذرا في بقاء الإجارة وهذا معنى قولهم إن الإجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر

وقالوا فيمن اكترى إبلا إلى مكة ذاهبا وجائيا فمات الجمال في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها إلى مكة أو يحمل عليها وعليه المسمى لأن الحكم بانفساخ الإجارة في الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر لأنه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه وإلحاق الضرر بالورثة إذا كانوا غيبا لأن المنافع تفوت من غير عوض فكان في استيفاء العقد نظر من الجانبين فإذا وصل إلى مكة رفع الأمر إلى الحاكم لأنه لا ضرر عليه في فسخ الإجارة عند ذلك لأنه يقدر على أن يستأجر من جمال آخر ثم ينظر الحاكم في الأصلح

فإن رأى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة أصلح فعل ذلك وإن رأى إمضاء الإجارة إلى الكوفة أصلح فعل ذلك لأنه نصب ناظرا محتاطا وقد يكون أحد الأمرين أحوط فيختار ذلك قالوا والأفضل إذا كان المستأجر ثقة أن يمضي القاضي الإجارة

---

(١) بدائع الصنائع، ٤/٢٢١

والأفضل إذا كان غير ثقة أن يفسخها فإن فسخها وقد كان المستأجر عجل الأجرة سمع القاضي بينته عليها وقضاه من ثمنها لأن الإجارة إذا انفسخت فللمستأجر إمساك العين حتى يستوفي جميع الأجرة وقام القضاء (((القاضي))) مقام الغائب فنصب له خصما وسمع عليه البينة

ولو مات أحد ممن وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة وفي الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد ويكون على المستأجر أو على ورثته ما سمى من الأجر لأن في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا بالمستأجر وفي الإبقاء من غير عوض ضررا بالوارث ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بإبقاء الزرع إلى أن يستحصد بالأجر فيجب القول به وإنما وجب المسمى استحسانا

والقياس أن يجب أجر المثل لأن العقد انفسخ حقيقة بالموت وإنما بقيناه حكما فأشبه شبهة العقد واستيفاء المنافع بشبهة العقد توجب أجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة

وجه الاستحسان أن التسمية تناولت هذه المدة فإذا مست الضرورة إلى الترك بعوض كان إيجاب العوض المسمى أولى لوقوع التراضي بخلاف الترك بعد انقضاء المدة لأن التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة فتعذر إيجاب المسمى فوجب أجر المثل

ومنها هلاك المستأجر والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستأجر عبدا أو ثوبا أو حليا أو ظرفا أو دابة معينة فهلك أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقصارة بطلت الإجارة لما قلنا

وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الإجارة وعلى المؤاجر أن يأتيه بغير ذلك لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة وإنما تسلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه أن يعين غيرها وقد ذكرنا اختلاف إشارة الروايات في الدار إذا انهدم كلها أو انقطع الماء عن الرحى أو الشرب من الأرض أن الإجارة تنفسخ أو يثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى هذا أيضا يخرج موت الظئر أن الإجارة تبطل به لأنها مستأجرة

ومنها انقضاء المدة إلا لعذر لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة إلا إذا كان ثمة عذر بأن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل بخلاف ما إذا انقضت المدة وفي الأرض رطبة أو غرس أنه يؤمر بالقلع لأن في ترك الزرع إلى أن يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين لأن لقطعه غاية معلومة فأما الرطبة فليس لقطعها غاية معلومة فلو لم تقطع لتعطلت الأرض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف الغاصب إذا زرع الأرض المغصوبة أنه يؤمر بالقلع ولا يترك إلى وقت الحصاد بأجر لأن الترك في الإجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظر له وهو مستحق للنظر لأنه زرع بإذن المالك فأما الغاصب فظالم متعد في الزرع فلا يستحق النظر بالترك مع ما أنه هو الذي أضر بنفسه حيث زرع أراضي غيره بغير حق فكان مضافا إليه

ومنها عجز المكاتب بعد ما استأجر شيئا أنه يوجب بطلان الإجارة بلا خلاف لأن الأجرة استحقت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه فتبطل الإجارة إذ لا سبيل إلى إيجابها من مال المولى فإن عجز بعد ما استأجر فالإجارة باقية في قول أبي يوسف

وقال محمد تبطل والكلام فيه راجع إلى أصل نذكره في كتاب الهبة في كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه أن عند أبي

". (١)

"واختيار الأول لا تستعمل لفظة لا ينبغي إلا في مثله ولهذا لو قضي جاز ونفذ قضاؤه نص عليه محمد وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد ولأن القضاء بمذهب المخالف في المجتهدات إنما ينفذ بشريطة اعتقاد إصابته فيه وإفضاء اجتهاده إليه وقد أطلق القضية في النفاذ من غير هذا الشرط فدل أنه لا خلاف في المسألة على التحقيق ثم إن ثبت الخلاف

فوجه قول محمد أن حق الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع والقضاء قبل إحضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري لاحتمال إفلاس الشفيع ودفع الضرر عن الإنسان بإضرار غيره متناقض فلا يقضي قبل الإحضار ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة إن طلب التأجيل تمكينا له من نقد الثمن

وجه ظاهر الرواية أن الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة كان اشتراه منه والتملك بالشراء لا يقف على إحضار الثمن كما في الشراء المبتدأ

وقال محمد رحمه الله لو ضرب له القاضي أجلا فقال له إن لم تأت بالثمن إلى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفعته

وكذا إذا قال الشفيع إن لم أعطك الثمن إلى وقت كذا فأنا بريء من الشفعة لأن هذا تعليق إسقاط حق الشفعة بالشرط والإسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ونحو ذلك

فصل وأما بيان شرط التملك فالتملك بالشفعة له شرطان أحدهما رضا المشتري أو قضاء القاضي لأن تملك مال الغير مما لا سبيل إليه في الشرع إلا **بالتراضي** أو بقضاء القاضي فلا يثبت التملك بدونهما

والثاني أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري فإن تضمن ليس له أن يتملك لأن في التفريق ضررا بالمشتري وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض

وعلى هذا يخرج ما إذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشتري بالشفعة دون بعض (((بعضه))) أنه هل يملك ذلك فجملة الكلام فيه أن المشتري لا يخلو إما أن يكون بعضه ممتازا عن البعض وإما أن لا يكون فإن لم يكن بأن اشترى دارا واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض أو يأخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي ليس

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٢٣/٤

له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا ولكن يأخذ الكل أو يدع لأنه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشتري لأن الملك له في كل الدار ثبت بقول واحد فكان أخذ البعض تفريقا فلا يملكه الشفيع وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له لما قلنا سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض في ظاهر الرواية عن أصحابنا وروي عنهم أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض

وجه هذه الرواية أن التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق لأن التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف ما بعد القبض لأن التملك بعد القبض يقع على المشتري ألا ترى أن العهدة عليه وفيه تفريق (((تفرق))) ملكه والصحيح جواب الرواية لأن الملك قبل القبض للمشتري بصفقة واحدة فبملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه فيلزمه ضرر الشركة

ولو اشترى رجلان من رجل حرا (((دارا))) فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين في قولهم جميعا لأن الأخذ هنا لا يتضمن التفريق لأن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها إذ الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الأخذ تفريقا لحصول التفريق قبله وسواء كان بعد القبض أو قبله في ظاهر الرواية

وروي أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض إلا الكل وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين

وجه هذه الرواية أن أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق لأن التملك يقع على البائع وأنه لا يجوز ألا ترى أن أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك

وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا أن الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء فلا يكون أخذ البعض تفريقا لحصول التفريق قبل الأخذ وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ولكنه لا يفرق اليد حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر كيلا يتفرق القبض وسواء سمى لكل نصف ثمنا على حدة أو سمى للجملة ثمنا واحدا فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددها لا لاتحاد الثمن وتعدده لأن المانع من التفريق هو الضرر والضرر

---

(١) ".

"للمشتري أو لهما أو لغيرهما ولا يشترط له التراضي ولا قضاء القاضي لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه

وأما الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك إن كان الخيار للبائع وفي الثمن إن كان عينا إذا كان الخيار للمشتري لأن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه وإذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن إذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه ولا يكون ذلك إلا بالفسخ فالإقدام عليه يكون فسخا للعقد دلالة

---

(١) بدائع الصنائع، ٥/٢٥

والحاصل أن وجد من البائع في المبيع ما لو وجد منه في الثمن لكان إجازة للبيع يكون فسخا للبيع وقد ذكرنا ذلك كله وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف بخلاف النوع الأول لأن الانفساخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصودا وإنما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصودا كبيع الشرب والطريق أنه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للأرض والله عز وجل أعلم

وأما الضروري فنحو أن يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا لأنه لو كان باتا لبطل فإذا كان فيه خيار الشرط أولى لأنه أضعف منه وإن هلك بعد القبض فإن كان الخيار للبائع فكذلك يبطل البيع ولكن تلزمه القيمة إن لم يكن له مثل والمثل إن كان له مثل إما بطلان البيع فلأن المبيع صار بحال لا يحتمل إنشاء العقد عليه فلا يحتمل الإجازة فينفسخ العقد ضرورة وأما لزوم القيمة فقول عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى أنه يهلك أمانة

وجه قوله أن الخيار منع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري فيهلك هلاك الأمانات

ولنا أن البيع وإن لم ينعقد في حق الحكم لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء بل هو فوقه لأن هناك لم يوجد العقد لا بنفسه ولا بحكمه وههنا إن لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه وذلك مضمون بالقيمة أو بالمثل فهذا أولى

وإن كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع ولكن يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن أما على أصلهما فظاهر لأن المشتري ملكه بالعقد فإذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فإذا هلك يهلك مضمونا بالثمن كما كان في البيع البات

وأما على أصل أبي حنيفة فالمشتري وإن لم يملكه فقد اعترض عليه في يده قبل القبض ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع لأن الهلاك في يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة لأنه لا يخلو عن سبب موته في الهلاك عادة وأنه يكون عيبا وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد ويلزم البيع لما ذكرنا فيما تقدم فإذا هلك يهلك بالثمن

ولو استهلك المبيع أجنبي والخيار للبائع لا ينفسخ البيع والبائع على خياره لأنه يهلك إلى خلف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو إتلاف مال مقوم (((متقوم))) مملوك لغيره لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه والهالك إلى خلف قائم معنى فكان المبيع قائما فكان محتملا للإجازة سواء كان المبيع في يد المشتري أو في يد البائع لأنه مضمون بالإتلاف في الحالين جميعا فإن شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالضمان

وكذلك لو استهلكه المشتري لأنه وجب الضمان عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه فكان المبيع قائما معنى فكان الخيار على حاله إن شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وإن شاء أجازه واتبعه بالثمن

ولو تعيب المبيع في يد البائع فإن كان بآفة سماوية أو بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو على خياره لأن ما انتقص منه من غير فعله غير مضمون عليه حيث لا يسقط بحصته شيء من الثمن فلا ينفسخ البيع في قدر الضمان بإبقاء

الخيار لأنه يؤدي إلى تفريق الصفقة على المشتري فإن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه فإن أجازه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض

وإن كان بفعل البائع بطل البيع لأن ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى يسقط عن المشتري حصة قدر النقصان من الثمن فالإجازة تتضمن تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام

وإن كان بفعل أجنبي لم يبطل البيع وهو على خياره لأن قدر النقصان هلك إلى خلف وهو الضمان فكان قائما معنى ولم يبطل البيع في قدر الهالك فكان البائع على خياره إن شاه (((شاء))) فسخ البيع وأتبع الجاني بالأرش وإن شاء أجاز وأتبع المشتري بالثمن والمشتري يتبع الجاني بالأرش

وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع والبائع على

---

(١) ".

"الاستحلاف لما ذكرنا فيما تقدم أن اتحاد الحالة في العيوب الثلاثة شرط ثبوت حق الرد وليس بشرط في الجنون بل هو عيب لازم أبدا

وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري فإن كان في يد البائع ينفسخ البيع بقول المشتري رددت ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى **التراضي** بالإجماع وإن كان في يد المشتري لا ينفسخ إلا بقضاء القاضي أو **بالتراضي** عندنا

وعند الشافعي رحمه الله ينفسخ بقوله رددت من غير الحاجة إلى القضاء ولا إلى رضا البائع

وأجمعوا على أن الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضاء

وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلا بلا خلاف بين أصحابنا

وجه قول الشافعي رحمه الله أن هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالإجماع وبخيار الرؤية على أصلكم ولهذا لم يفتقر إليه قبل القبض وكذا بعده

ولنا أن الصفقة تمت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة وهذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر من (((ومن))) وغير قضاء القاضي بخلاف ما قبل القبض لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كأنه لم يسترد بخلاف الرد بخيار الشرط لأن الصفقة غير منعقدة في حق الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من القبول وبخلاف الرد بخيار الرؤية لأن عدم الرؤية منع تمام الصفقة لأنه أوجب خللا في الرضا فكان الرد كالدفع أما ههنا إذ الصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا والله عز وجل أعلم

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٧٢/٥

وأما بيان من تلزمه الخصومة في العيب فنقول وبالله التوفيق الخصومة في البيع تلزم البائع سواء كان حكم العقد له أو لغيره بعد أن كان من أهل أن تلزمه الخصومة إلا القاضي أو أمينه كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب والمأذون والأب والوصي لأن الخصومة في العيب من حقوق العقد وحقوق العقد في هذا الباب راجعة إلى العاقد إذا كان أهلا فإن لم يكن بأن كان صبيا أو محجورا أو عبدا محجورا فالخصومة لا تلزمه وإنما تلزم الموكل على ما ذكرنا في كتاب الوكالة

وأما القاضي أو أمينه فالخصومة لا تلزمه لأن الولاية للقاضي إنما ثبتت شرعا نظرا لمن وقع له العقد فلو لزمه العهدة لامتنع عن النظر خوفا من لزوم العهدة فكان القاضي في هذا الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل في باب النكاح وما يلزم الوكيل من العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والمأذون لا يرجعان على المولى لأن الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه وتصرف النائب كتصرف المنوب عنه

وأما المكاتب والمأذون فإنما يتصرفان بطريق الأصالة لأنفسهما لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف أن الأذن فك الحجر وإزالة المانع فإذا زال الحجر بالإذن فالعبد يتصرف بمالكية نفسه فكان عاقدا لنفسه لا لمولاه والذي يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير وإذا كان عاقدا لنفسه كانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له أن يرده على موكله فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه إما أن يرده عليه ببينة قامت على العيب وأما أن يرده عليه بنكوله وإما أن يرده عليه بإقراره بالعيب

فإن رده علييه ببينة قامت على العيب يرده على الموكل لأن البينة حجة مطلقة وهو نائب عنه فيلزم الموكل وإن رده عليه بنكوله فكذلك لأن نكوله مضاف إلى الموكل لكونه مضطرا ملجأ إليه

ألا ترى أنه لا يملكه في الخصومة وإنما جاء هذا الاضرار (((الاضطرار))) من ناحية الموكل لأنه هو الذي أوقعه فيه فكان مضافا إليه

وإن رده عليه بإقراره بالعيب ينظر إن كان عيبا لا يحدث مثله يرد على الموكل لأنه علم بثبوته عند البيع بيقين

وأما إن كان عيبا يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة فإن كان رد عليه بقضاء القاضي بإقراره لا يرد لأن إقرار المقر يلزمه دون غيره لأنه حجة قاصرة فكان حجة في حقه خاصة لا في حق موكله

وإن رد عليه بغير قضاء لزم الوكيل خاصة سواء كان العيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لأن الرد بغير قضاء وإن كان فسخا في حق العاقدين فهو بيع جديد في حق غيرهما فلا يملك الرد على الموكل كما لو اشتراه

فأما المضارب والشريك فبقبولهما يلزم رب المال والشريك الآخر لأن حكم شركتهما تلزمهما بخلاف الوكيل والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول وبالله تعالى التوفيق الرد يمتنع بأسباب منها

". (١)

"الرضا بالعيب بعد العلم به لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة ولما رضي بالعيب بعد العلم به دل أنه ما شرط السلامة ولأنه ثبت نظرا للمشتري دفعا للضرر عنه فإذا رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر

ثم الرضا نوعان صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة

أما الأول فنحو قوله رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى

وأما الثاني فهو أن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب

نحو ما إذا كان ثوبا فصبغه أو قطعه أو سويقا فلته بسمن أو أرضا فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحما فشواه ونحو ذلك أو تصرف تصرفا أخرجه عن ملكه وهو عالم بالعيب أو ليس بعالم أو باعه المشتري أو وهبه وسلمه أو أعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولده لأن الإقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب ويكون العلم بالعيب وكل ذلك يبطل حق الرد

ولو باعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن كان قبل القبض له أن يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضي أو **بالتراضي** بالإجماع وإن كان بعد القبض فإن كان بقضاء القاضي له أن يرده على بائعه بلا خلاف وإن كان قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرده عندنا وعند الشافعي رحمه الله له أن يرده

وجه قوله إن المانع من الرد خروج السلعة عن ملكه فإذا عادت إليه فقد زال المانع وصار كأنه لم يخرج ولهذا إذا رد عليه بقضاء له أن يرده على بائعه وكذا إذا رد عليه بخيار شرط أو بخيار رؤية على أصلكم

ولنا أن القبول بغير قضاء فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما فصار كما لو عاد إليه بشراء ولو اشتراه لم يملك الرد على بائعه

كذا هذا

والدليل على أن القبول بغير قضاء بيع جديد في حق غير العاقدين أن معنى البيع موجود فكان شبهة الشراء قائمة فكان الرد عند **التراضي** بيعا لوجود معنى البيع فيه إلا أنه أعطى له حكم الفسخ في حق العاقدين فبقي بيعا جديدا في حق غيرهما بمنزلة الشراء المبتدأ ولهذا يثبت للشفيع حق الشفعة وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضاء القاضي لأنه لم يوجد فيه معنى البيع أصلا لانعدام **التراضي** فكان فسخا والفسخ رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة وبخلاف ما قبل القبض لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض

ألا ترى أن حدوث العيب قبل القبض كوجوده قبل البيع فكان الرد قبل القبض في معنى الامتناع عن القبول كأن المشتري رد إيجاب البائع ولم يقبله

ولهذا لم يفتقر الرد قبل القبض إلى القاضي وبخلاف ما إذا رد عليه بخيار شرط أو رؤية أنه يرده على بائعه لأن معنى البيع لم يوجد في هذا الرد

---

(١) بدائع الصنائع، ٥/٢٨١

ألا ترى أنه يرد على بائعه من غير رضاه فكان فسخا ورفعا للعقد من الأصل كأنه لم يكن وكذا لو وطىء الجارية المشتراة أو لمسها لشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة مع العلم بالعيب لما قلنا وكذا بدون العلم بالعيب

وقال الشافعي رحمه الله إن كانت الجارية بكرا فوطئها المشتري فكذلك وأما إذا كانت ثيبا فوطئها بدون العلم بالعيب لا تمنع الرد بالعيب وستأتي المسألة إن شاء الله تعالى

ولو قبلت الجارية المشتري لشهوة فقد مر تفصيل الكلام فيه في شرط الخيار ولو استخدم المشتري بعدما علم بالعيب فالقياس أن يسقط خياره وفي الاستحسان لا يسقط وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في خيار الشرط ولو كان المشتري دابة فركبها بعد العلم بالعيب فإن ركبها لحاجة نفسه يسقط خياره

وإن ركبها ليسقيها أو ليردها على البائع أو ليشتري لها علفا ففيه قياس واستحسان كما في الاستخدام وقد ذكرنا ذلك في خيار الشرط ولو ركبها لينظر إلى سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسقط خياره وفي شرط الخيار لا يسقط والفرق بينهما قد تقدم في خيار الشرط

وكذا لو اشترى ثوبا فلبسه بعد العلم لينظر إلى طوله وعرضه بطل خياره وفي خيار الشرط لا يبطل

ووجه الفرق بينهما قد ذكرناه في شرط الخيار وإن كان المشتري دارا فسكنها بعدما علم بالعيب أو رم منها شيئا أو هدم يسقط خياره وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي في السكنى روايتان

والحاصل أن كل تصرف يوجد من المشتري في المشتري بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار ويلزم البيع والله عز وجل أعلم

ومنها إسقاط الخيار صريحا أو ما هو في معنى الصريح نحو أن يقول المشتري أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى لأن خيار العيب حقه والإنسان بسبيل من التصرف في حقه استيفاء وإسقاطا

ومنها إبراء المشتري عن

". (١)

"ومصراعي الباب وكل شيء لا ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فلا يخلو إما أن يكون المشتري قبض كل المبيع وإما إن لم يقبض شيئا منه وإما إن قبض البعض دون البعض

والحادث في المبيع لا يخلو إما أن يكون عيبا أو استحقاقا

أما العيب فإن وجده ببعض المبيع قبل القبض لشيء منه فالمشتري بالخيار إن شاء رضي بالكل ولزمه جميع الثمن وإن شاء رد الكل وليس أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيئا واحدا أو أشياء لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٨٢/٥

والدليل على أن الصفقة لا تتم قبل القبض أن الموجود قبل القبض أصل العقد والملك لا صفة التأكيد

ألا ترى أنه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه وهو أنه عدم التأكيد وإذا قبض وقع الأمر عن الانفساخ بالهلاك فكان حصول التأكيد بالقبض والتأكيد إثبات من وجه أو له شبهة الإثبات وكذا ملك التصرف يقف على القبض فيدل على نقصان الملك قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان العقد

وكذا المشتري إذا وجد بالمبيع عيبا ينفسخ البيع بنفس الرد من غير الحاجة إلى قضاء القاضي ولا إلى **التراضي**

ولو كانت الصفقة تامة قبل القبض لما احتمل الانفساخ بنفس الرد كما بعد القبض فيثبت بهذه الدلائل أن الصفقة ليست بتامة قبل القبض

والدليل على أنه لا يجوز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها أن التفريق إضرار بالبائع والضرر واجب الدفع ما أمكن وبيان الضرر أن المبيع لا يخلو إما أن يكون شيئا واحدا وإما أن يكون أشياء حقيقة شيئا واحدا تقديرا والتفريق تضمن الشركة والشركة في الأعيان عيب فكان التفريق عيبا وأنه عيب زائد لم يكن عند البائع فيتضرر به البائع وإن كان المبيع أشياء فالتفريق يتضمن ضررا آخر وهو لزوم البيع في الجيد بثمن الرديء لأن ضم الرديء إلى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجارة (((التجار))) ترويجا للرديء بواسطة الجيد فمن الجائز أن يرى المشتري العيب بالرديء فيرده فيلزم البيع في الجيد بثمن الرديء فيضرر (((فيتضرر))) به البائع فدل أن في التفريق ضررا فيجب دفعه ما أمكن ولهذا لم يجز التفريق في القبول بأن أصاب (((أضاف))) الإيجاب إلى جمله فقبل المشتري في البعض دون البع ض دفعا للضرر عن البائع بلزوم حكم البيع في البعض من غير إضافة الإيجاب إليه لأنه ما أوجب البيع إلا في الجملة فلا يصح القبول إلا في الجملة لئلا يزول ملكه من غير إزالته فيتضرر به

على أن تمام الصفقة لما تعلق بالقبض كان القبض في معنى القبول من وجه فكان رد البعض وقبض البعض تفريقا في القبول من (((ومن))) وجه فلا يملك إلا أن يرضى البائع برد المعيب عليه فيأخذه ويدفع حصته من الثمن فيجوز ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لأن امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظرا له فإذا رضي له (((به))) فلم ينظر لنفسه

وإن كان المشتري قبض بعض المبيع دون البعض فوجد ببعضه عيبا فكذلك لا يملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيئا واحدا أو أشياء وسواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض في ظاهر الرواية لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المعقود عليه فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وإنه باطل

وروي عن أبي يوسف أنه إذا وجد العيب بغير المقبوض فكذلك فأما إذا وجد بالمقبوض فله أن يرده خاصة بحصته من الثمن فهو نظر إلى المعيب منهما أيهما كان واعتبر الآخر به فإن كان المعيب غير المقبوض اعتبر الآخر غير مقبوض فكأنهما لم يقبضا جميعا وإن كان المعيب مقبوضا اعتبر الآخر مقبوضا فكأنه قبضهما جميعا لكن هذا الاعتبار ليس بسديد لأنه في حد التعارض إذ ليس اعتبار غير المعيب بالمعيب في القبض وعدمه أولى من اعتبار المعيب بغير المعيب في القبض بل هذا أولى لأن الأصل عدم القبض والعمل بالأصل عند التعارض أولى

هذا إذا كان المشتري لم يقبض شيئا من المبيع أو قبض البعض دون البعض فإن كان قبض الكل ثم وجد به عيبا فإن كان المبيع شيئا واحدا حقيقة وتقديرا فكذلك الجواب أن المشتري إن شاء رضي بالكل بكل الثمن وإن شاء رد الكل واسترد جميع الثمن وليس له أن يرد قدر المعيب خاصة بحصته من الثمن لما ذكرنا أن فيه إلزام عيب الشركة وإنها عيب حادث مانع من الرد

وإن كان أشياء حقيقة شيئا واحدا تقديرا فكذلك لأن إفراد أحدهما بالرد إضرارا (((إضرار))) بالبائع إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فكانا فيما وضعا له من المنفعة كشيء واحد فكان المبيع شيئا

---

(١) ".

"واحدا من حيث المعنى فبالرد تثبت الشركة من حيث المعنى والشركة في الأعيان عيب وإذا كان لا يمكن الانتفاع بأحدهما بدون صاحبه فيما وضع له كان التفريق تعييبا فيعود المبيع إلى البائع بعيب زائد حادث لم يكن عنده وإن كان أشياء حقيقة وتقديرا فليس له أن يرد الكل إلا عند **التراضي** وله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر والشافعي رحمهما الله ليس له ذلك بل يردهما أو يمسكهما

وجه قولهما أن في التفريق بينهما في الرد إضرارا بالبائع لما ذكرنا أن ضم الرديء إلى الجيد في البيع من عادة التجار ليروج الرديء بواسطة الجيد وقد يكون العيب بالرديء فيرده على البائع ويلزمه البيع في الجيد بثمن الرديء وهذا إضرار بالبائع ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا هذا

ولنا أن ما ثبت له حق الرد وجد في أحدهما فكان له أن يرد أحدهما وهذا لأن حق الرد إنما يثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة والثابتة مقتضى العقد على ما بينا والسلامة فاتت في أحدهما فكان له رده خاصة فلو امتنع الرد إنما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة وتفريق الصفقة باطل قبل التمام لا بعده والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع

وأما قولهما يتضرر البائع برد الرديء خاصة فنعم لكن هذا ضرر مرضي به من جهته لأن إقدامه على بيع المعيب وتدليس العيب مع علمه أن الظاهر من حال المشتري أنه لا يرضى بالعيب دلالة الرضي (((الرضا))) بالرد بخلاف ما قبل القبض لأنه لا تمام للعقد قبل القبض فلا يكون قبل القبض دلالة الرضا بالرد فكان الرد ضررا غير مرضي به فيجب دفعه وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية أن المشتري لا يملك رد البعض دون البعض سواء قبض الكل أو لم يقبض شيئا أو قبض البعض دون البعض وسواء كان المعقود عليه شيئا واحدا أو أشياء لأن خيار الشرط والرؤية يمنع تمام الصفقة بدليل أنه يرده بغير قضاء ولا رضا سواء كان قبل القبض أو بعده

---

(١) بدائع الصنائع، ٥/٢٨٧

ولو تمت الصفقة لما احتمل الرد إلا بقضاء القاضي أو **التراضي** دل أن هذا الخيار يمنع تمام الصفقة ولا يجوز تفريق الصفقة قبل التمام وههنا بخلافه ولو قال المشتري أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك لأن قوله أمسك المعيب دلالة الرضا بالمعيب وأنه يمنع الرجوع بالنقصان

وكذلك لو كان المبيع أشياء فوجد بالكل عيبا فأراد رد البعض دون البعض أن المردود إن كان مما لو كان العيب به وحده لكان له رده وحده كالعبدين والثوبين فله ذلك لأنه إذا أمسك البعض فقد رضي بعيبه (((بعينه))) فبطل حق الرد فيه لأنه تبين أن صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه فصار كأنه كان صحيحا في الأصل ووجد بالآخر عيبا فيرده وإن كان المردود مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرده كالخفين والنعلين ونحوهما ليس له ذلك لما ذكرنا أن التفريق بينهما تعييب

ولو اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض فقبض المعيب وهو عالم بالعيب لم يكن له أن يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لأن قبض المعيب مع العلم بالعيب دليل الرضا وللقبض شبه بالعقد فكان الرضا به عند القبض كالرضا به عند العقد

ولو رضي به عند العقد يسقط خياره فلزماه جميعا كذا هذا ولو قبض الصحيح منهما ولو كانا معيبين فقبض أحدهما لم يسقط خياره لأنه قبض بعض المعقود عليه والصفقة لا تتم بقبض بعض المعقود عليه وإنما تتم بقبض الكل فلو لزمه العقد في المقبوض دون الآخر لتفرقت الصفقة على البائع قبل التمام وتفريق الصفقة قبل التمام باطل ولا يمكن إسقاط حقه عن غير المقبوض لأنه لم يرض به فبقي له الخيار على ما كان والله عز وجل أعلم

وأما الاستحقاق فإن استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجن (((يجز))) المستحق بطل العقد في القدر المستحق لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع ولم توجد الإجازة من المالك فبطل وللمشتري الخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن وإن شاء رده سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي أو لا يوجب لأنه إذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار فكذا هذا

وأن كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقبوض وعلى غير المقبوض فإن كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع في القدر المستحق لما قلنا

ثم ينظر إن كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي بأن كان المعقود عليه شيئا واحدا حقيقة وتقديرا

---

(١) ".

"وهذا قد اشترى شيئا قد رآه فلا يثبت له الخيار وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئا آخر فكان مشتريا شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه

---

(١) بدائع الصنائع، ٥/٢٨٨

ولو اختلفا في التغير وعدمه فقال البائع لم يتغير وقال المشتري قد تغير فالقول قول البائع لأن الأصل عدم التغير والتغير عارض فكان البائع متمسكا بالأصل والمشتري مدعيا أمرا عارضا فكان القول قول البائع لكن مع يمينه لأن حق الرد أمر يجري فيه البدل والإقرار فيجري فيه الاستحلاف ولأن المشتري بدعوى التغير يدعي حق الرد والبائع ينكر فكان القول قول المنكر

ولو اختلفا فقال البائع للمشتري رأيته وقت الشراء وقال المشتري لم أره فالقول قول المشتري لأن عدم الرؤية أصل والرؤية عارض فكان الظاهر شاهدا للمشتري فكان القول قوله مع يمينه

ولأن البائع بدعوى الرؤية يدعي عليه إلزام العقد والمشتري ينكر فكان القول قوله

ولو أراد المشتري الرد فاختلفا فقال البائع ليس هذا الذي بعتك وقال المشتري هو ذاك بعينه فالقول قوله أنه بعينه وكذلك هذا في خيار الشرط بخلاف خيار العيب فإن القول قول البائع

ووجه الفرق أن المشتري في خيار الرؤية والشرط بقوله هذا مالك لا يدعي ثبوت حق الرد عليه لأن حق الرد ثابت له حتى يرد عليه من غير قضاء ولا رضا ولكنه يدعي أن هذا الذي قبضه منه فكان اختلافهما في الحقيقة راجعا إلى المقبوض والاختلاف متى وقع في تعيين نفس المقبوض فإن القول فيه قول القابض

وإن كان قبضه بغير حق كقبض الغصب ففي القبض الحق أولى بخلاف العيب لأن المشتري لا ينفرد بالرد في خيار العيب ألا ترى أنه لا يملك الرد إلا بقضاء القاضي أو **التراضي** فكان هو بقوله هذا مالك بعينه مدعيا حق الرد في هذا المعين والبائع ينكر ثبوت حق الرد فيه فكان القول قوله

هذا إذا كان المشتري بصيرا فأما إذا كان أعمى فشرط ثبوت الخيار له عدم الجس (((الحبس))) فيما يجس (((يحبس))) والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف وقت الشراء لأن هذه الأشياء في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير فكان انعدامها شرطا لثبوت الخيار له فإن وجد شيء منه وقت الشراء فاشتراه فلا خيار له

وكذا إذا وجدت قبل القبض ثم قبض فلا خيار له لأن وجود شيء من ذلك عند القبض في حقه بمنزلة وجوده عند العقد كالرؤية في حق البصير بأن رآه قبل القبض ثم قبضه لأن كل ذلك دلالة الرضا بلزوم العقد على ما نذكره إن شاء الله تعالى

هذا الذي ذكرنا إذا رأى المشتري كل المبيع وقت الشراء

فأما إذا رأى بعضه دون البعض فجملة الكلام في جنس هذه المسائل أن المبيع لا يخلو إما أن يكون شيئا واحدا وإما أن يكون أشياء فإن كان شيئا واحدا فرأى بعضه لا يخلو إما أن كان ما رآه منه مقصودا بنفسه وما لم يره منه تبعا

وإما إن كان كل واحد منهما مقصودا بنفسه فإن كان ما لم يره تبعا لما رآه فلا خيار له سواء كان رؤية ما رآه تفيد له العلم بحال ما لم يره أو لا تفيد لأن حكم التبع حكم الأصل فكان رؤية الأصل رؤية التبع وإن كان مقصودا بنفسه

ينظر في ذلك إن كان رؤية ما رأى تفيد له العلم بحال ما لم يره فلا خيار له لأن المقصود العلم بحال الباقي فكأنه رأى الكل وإن كان لا يفيد له العلم بحال الباقي فله الخيار لأن المقصود لم يحصل برؤية ما رأى فكأنه لم ير شيئا منه أصلا

فعلى هذا الأصل تخرج المسائل

إذا اشترى عبدا أو جارية فرأى وجهه دون سائر أعضائه لا خيار له وإن كانت رؤية الوجه لا تقيد (((تفيد))) له العلم بما وراءه لأن الوجه أصل في الرؤية في بني آدم وسائر الأعضاء تبع له فيها

ولو رأى سائر أعضائه دون الوجه فله الخيار لأن رؤية التبع لا تكون رؤية الأصل فكأنه لم ير شيئا منه

ولو اشترى فرسا أو بغلا أو حمارا أو نحو ذلك فرأى وجهه لا غير روى ابن سماعة عن محمد أنه يسقط خياره وسوى بينه وبين الرقيق

وروي عن أبي يوسف أن له الخيار ما لم ير وجهه ومؤخره وهو الصحيح لأن الوجه والكفل كل واحد منهما عضو مقصود في الرؤية في هذا الجنس فما لم يرهما فهو على خياره

وإن اشترى شاة فإن كانت نعجة حلوبا اشتراها للقنية أو اشترى بقرة حلوبا أو ناقة حلوبا اشتراها للقنية لا بد من النظر إلى ضرعها وإن اشترى شاة للحم لا بد من الجس حتى لو رآها من بعيد فهو على خياره لأن اللحم مقصود من شاة اللحم والضرع مقصود من الحلوب والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذين المقصودين والله عز وجل أعلم

وأما البسط فإن كان مما يختلف وجهه وظهره فرأى وجهه دون ظهره كالمغافر ونحوها لا خيار له وإن رأى الظهر دون الوجه فله الخيار كذا

". (١)

"على البائع قبل تمامها وإنه باطل

ومنها علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس بشرط وقد ذكرنا دلائل المسألة في خيار الشرط

وأما قضاء القاضي أو **التراضي** فليس بشرط لصحة الفسخ بخيار الرؤية كما لا يشترط لصحة الفسخ بخيار الشرط فيصح من غير قضاء ولا رضا قبل القبض وبعده بخلاف خيار العيب وقد ذكرنا الفرق بيما (((فيما))) تقدم والله عز وجل أعلم

وأما البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة وقد ذكرنا شرائط الصحة في مواضعها

وأما حكمه فالكلام في حكمه يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته والثالث في بيان شرائطه

أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا

---

(١) بدائع الصنائع، ٥/٢٩٣

وقال الشافعي رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جائز وباطل لا ثالث لهما والفاسد والباطل سواء وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل وهذا على مثال ما يقول في أقسام المشروعات أن الفرض والواجب سواء وعندنا هما قسمان حقيقة على ما عرف في أصول الفقه

وجه قوله أن هذا بيع منهي عنه فلا يفيد الملك قياسا على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ودلالة الوصف ما روي عن رسول الله أنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين

وروي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن أسيد حين بعثه إلى مكة أنههم عن أربع عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا

وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف

وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء ونحو ذلك والمنهي عنه يكون حراما والحرام لا يصلح سببا لثبوت الملك لأن الملك نعمة والحرام لا يصلح سببا لاستحقاق النعمة ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم فكذا هذا

ولنا أن هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالا بسائر البياعات المشروعة والدليل على أنه بيع أن البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالا كان أو غير مال قال الله سبحانه وتعالى ﴿ أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى ﴾ سمي مبادلة الضلالة بالهدى اشتراء وتجارة فقاله (((فقال))) سبحانه وتعالى ﴿ فما ربحت تجارتهم ﴾ والتجارة مبادلة المال بالمال قال الله عز شأنه ﴿ إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة ﴾ سمى سبحانه وتعالى مبادلة الأنفس والأموال بالجنة اشتراء وبيعا حيث قال تعالى في آخر الآية ﴿ فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به ﴾ وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان بيعا

والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع من نحو قوله تعالى عز وجل ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وقوله عز شأنه ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاما مطلقا فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل

ولنا الاستدلال بدلالة الإجماع أيضا وهو أنا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك وقران هذه الشروط بالبيع ذكرا لم يصح فالتحق ذكرها بالعدم إذ الموجود الملحق بالعدم شرعا والعدم الأصلي سواء وإذا ألحق بالعدم في نفس البيع خاليا عن المفسد والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع وهذا استدلال قوي

وأما النهي فالجواب عن التعلق به أن هذا نهي عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة أحدهما (((أحدها))) أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة وأنه سبب بقاء العالم إلى حين إذ لا قوام للبشر إلا بالأكل والشرب والسكنى واللباس ولا سبيل إلى استبقاء النفس بذلك إلا بالاختصاص به واندفاع المنازعة وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة وهو البيع

ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل لأنه يؤدي إلى التناقض ولهذا لم يجز النهي عن الإيمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهي المضاف إلى البيع على غيره ضرورة

والثاني أن سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجهين أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الإمكان

والثاني أن في الحمل على البيع نسخ المشروعية وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ لأن الحمل على المجاز من باب نسخ

". (١)

"لأحدهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والأجنبي في هذا سواء لأن الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد

ولو اشترى أحدهما شيئا لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعاقد أن يوكل وكيلا بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم ولأحدهما أن يقايل فيما باعه الآخر لأن الإقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الإقالة وما باعه أحدهما أو اشترى فظهر عيب لا يرد الآخر بالعيب ولا يرد عليه لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وإنها ترجع إلى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لأنه العاقد فإن أقر أحدهما بعيبه في متاع جاز إقراره عليه وعلى صاحبه

قال الكرخي وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم الله وفرق بين هذا وبين الوكيل إذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ إقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لأن موجب الإقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولأحد الشريكين أن يقابل (((يقايل))) فيما باعه الآخر لأن الإقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء إلى أن يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك

فإن باع أحدهما متاعا من الشركة فرد عليه فقبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما لأن قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة

وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الإقالة وإقالة أحدهما تنفذ على الآخر وكذا لو حط من ثمنه أو أخر ثمنه لأجل العيب فهو جائز لأن العيب يوجب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والحط أنفع من الرد فكان له ذلك

وإن حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه لأن الحط من غير عيب تبرع والإنسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره

---

(١) بدائع الصنائع، ٥/٢٩٩

وكذلك لو وهب لأن الهبة تبرع ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشترياه لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه (((لصاحبه))) بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة

وهل لأحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أن له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس للشريك والمضارب أن يسافر وهو قول أبي يوسف

وروي عن أبي يوسف أن له المسافرة إلى موضع لا يبيت عن منزله

وروي عنه يسافر أيضا بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بما له حمل ومؤنة

وجه ظاهر قول أبي يوسف أن السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه

وجه الرواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد أنه إذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر

وجه الرواية التي فرق فيها بين ما له حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة إن ما له حمل إذا احتاج شريكه إلى رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له

وجه قول أبي حنيفة ومحمد إن الأذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وأنها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع لأنه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ما أن الشريك يملك أمرا زائدا لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلأن يملكه الشريك أولى وقول أبي يوسف إن المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم إذا كان الطريق مخوفا

فأما إذا كان أمنا فلا خطر فيه بل هو مباح لأن الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الأرض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله ﴾ وقال عز شأنه ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم ﴾ مطلقا من غير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار لأن كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال

هذا إذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك برأيك فأما إذا قال ذلك فإنه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط مال الشركة بمال له خاصة والرهن والارتهان مطلقا لأنه فوض الرأي إليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقا

وإذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل برأيك أو عند إطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في

___

". (١)

___

(١) بدائع الصنائع، ٧١/٦

"كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لأن الإنفاق من مال الغير لا يجوز إلا بإذنه نصا

وجه الاستحسان العرف والعادة لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولأن الظاهر هو **التراضي** بذلك لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان إقدامهما على عقد الشركة دليلا على **التراضي** بالنفقة من مال الشركة ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعا كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك

كذا هذا

وقال محمد فإن ربحت حسبت النفقة من الربح وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال لأن النفقة جزء تالف من المال فإن كان هناك ربح فهو منه وإلا فهو من الأصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا أنه يصير مستدينا على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لأن كل واحد منهما تبرع أما الهبة فلا شك فيها وأما القرض فلأنه لا عوض له في الحال فكان تبرعا في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل إلا أن ينص عليه بعينه لأن قوله اعمل برأيك تفويض الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة

ولو استقرض مالا لزمهما جميعا لأنه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق شريكه ولأنه إن كان الاستقراض استعارة في الحال فهو يملك الاستعارة وإن كان تملكا يملكه أيضا وليس له أن يكاتب عبدا من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لأن الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والإعتاق ليسا من التجارة

ألا ترى أنه لا يملكهما المأذون في التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا لما قلنا

وليس له أن يزوج عبدا من تجارتهما في قولهم جميعا لأنه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه إلا بإذن نصا وكذلك تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد لأنه ليس من التجارة ويجوز عند أبي يوسف والمسألة تقدمت في كتاب النكاح

ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يصدق في إيجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لأن الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالإقرار

وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة

ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما إنها لرجل لم يجز إقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرنا أن إقرار الإنسان ينفذ على نفسه لا على غيره لأنه في حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا لأن هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن الإقرار وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضمان عليه في

نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع يمينه لأنه أمين والله سبحانه (((عز))) وتعالى (((وجل))) أعلم

وأما المفاوضة فجميع ما ذكرنا أنه يجوز لأحد شريكي العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه إذا فعله فيجوز لأحد شريكي المفاوضة أن يفعله وإذا فعله فهو جائز على شريكه لأن المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطا لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لأنها لما كانت أعم من العنان فهو يقتضي شروط العنان وزيادة

وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لأن المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرائط لم تشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم

والآن نبين الأحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق

يجوز إقرار أحد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطالب المقر له أيهما شاء

لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر بإقراره ويلزم شريكه بكفالته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كثمن المشتري في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمغصوب والخلاف في الودائع والعواري والإجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ هذا بدينه وإن شاء أخذ شريكه بحق الكفالة

أما دين التجارة

---

(١) ".

"يده ففي الصدقة عليه ثواب وإذا كان الثواب مطلوبا من ذلك في الجملة فإذا أتى بلفظة الصدقة دل أنه أراد به الثواب وإنه يمنع الرجوع لما بينا

وأما الشيوع فنقول لا يمنع الرجوع في الهبة فللواهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعا وإن كان محتملا للقسمة بأن وهب دارا فباع الموهوب له نصفها مشاعا كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذا لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقلة (((المستقبلة))) إنها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والشياع يخل في القبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعا من الرجوع

وأما بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها **بالتراضي** فمسائل أصحابنا تدل على أنه فسخ أيضا كالرجوع بالقضاء فإنهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذا لا تقف صحته على القبض

---

(١) بدائع الصنائع، ٧٢/٦

ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض وكذا لو وهب لإنسان شيئا ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع

ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع

فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفر إنه هبة مبتدأة

وجه قوله إن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكر محمد في كتاب الهبة إن الموهوب له إذا رد (((زاد))) الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة

ولنا أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي والدليل على أنه مستوف حق نفسه بالفسخ أن الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا ثابتا له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعا جديدا في حق ثالث لأنه لا حق للمشتري في الفسخ وإنما حقه في صفة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي

وأما ما ذكر محمد فمن أصحابنا من التزم وقال هذا يدل على أن الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسألة روايتان

ومنهم من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالإقالة فإنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وإن لم يقبضه لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضمونا عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات

ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولكن الموهوب له وهب الموهوب (((والموهوب))) للواهب وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه

وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع **بالتراضي** أو بقضاء القاضي

وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذا الصدقة

أما وقوف الملك فيه على القبض فلأن الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول إلا بالقبض بخلاف ما إذا تراضيا على الرجوع إن الواهب يملكه بدون القبض لأن اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد

ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لأن الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

فصل وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ إما بالإقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو **التراضي** على ما بينا

وإذا انفسخ العقد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة إلى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

." (١)

"المحكم فكان عملا بالروايتين جميعا فكان أولى

وهذا عندنا

وقال الشافعي عليه الرحمة ينعزل وهو قول المعتزلة

ولقب المسألة أن القاضي إذا فسق هل ينعزل أو لا فعندنا لا ينعزل وعند الشافعي ينعزل

وبه قالت المعتزلة لكن بناء على أصلين مختلفين

فأصل المعتزلة أن الفسق يخرج صاحبه عن الإيمان فيبطل أهلية القضاء

وأصل الشافعي رحمه الله أن العدالة شرط أهلية القضاء كما هي شرط أهلية الشهادة

لأن أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وقد زالت بالفسق فتبطل الأهلية

والأصل عندنا أن الكبيرة لا تخرج صاحبها من الإيمان والعدالة ليست (((ليس))) بشرط أهلية القضاء كما ليست بشرط لأهلية (((الأهلية))) الشهادة على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب القسمة الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان أنواع القسمة وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان معنى القسمة لغة وشرعا وفي بيان شرائط القسمة وفي بيان صفات القسمة وفي بيان حكم القسمة وفي بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها

أما الأول فالقسمة في الأملاك المشتركة نوعان أحدهما قسمة الأعيان

والثاني قسمة المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة أما قسمة الأعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة والإجماع أما السنة فما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بين الغانمين وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الشرعية وأما الإجماع فإن الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير فكانت شرعيته متوارثة والمعقول يقتضيه توفيرا على كل واحد مصلحته بكمالها

---

(١) بدائع الصنائع، ١٣٤/٦

فصل وأما بيان معنى القسمة لغة وشرعا أما في اللغة فهي عبارة عن إفراز النصيب

وفي الشريعة عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض لأن ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة إلا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملوكا لهذا والنصف مملوكا لذاك على الشيوع فإذا قسمت بينهما نصفين والأجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة فتجتمع بالقسمة في نصيبه دون نصيب صاحبه فلا بد وأن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه بل يكون بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما **بالتراضي** أو بطلبهما (((بطلبها))) من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة له إفرازا وتمييزا أو تعيينا لها في الملك وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه فكانت إفراز بعض الأنصباء ومعاوضة البعض ضرورة وهذا هو حقيقة القسمة المعقولة في الأملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازما في كل قسمة شرعية إلا أنه أعطي لها حكم الإفراز في ذوات الأمثال في بعض الأحكام لأن المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض فجعل كأنه يأخذ عين حقه بمنزلة المقرض حتى كان لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل إفرازا حكا (((حكما)))

وهذا المعنى لا يوجد في غير ذوات الأمثال

فإن قيل أليس إنه يجبر على القسمة والمعاوضات مما لا يجري فيها الجبر كالبيع ونحوه

فالجواب إن المعاوضة قد يجري فيها الجبر

ألا ترى أن الغريم يجبر على قضاء الدين وقضاء الدين لا يتحقق إلا بطريق المعاوضة على ما بينا في كتاب الوكالة دل أن الجبر لا ينفي المعاوضة فجاز أن يجبر على القسمة وإن كانت معاوضة مع ما أن الجبر لا يجري في المعاوضات المطلقة كالبيع ونحوه

والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هي إفراز من وجه ومعاوضة من وجه فجاز أن يجري فيها الجبر

وعلى هذا الأصل تخرج قسمة المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة إنها لا تجوز مجازفة

كما لا يجوز بيعها مجازفة لاعتبار معنى المبادلة

وذكر في الكتاب في كر حنطة مشترك بين

". (١)

---

(١) بدائع الصنائع، ١٧/٧

"رجلين ثلاثون منه رديئة وعشرة منه جيدة قيمتها سواء فأرادا أن يقتسماه فيأخذ أحدهما ثلاثين والآخر عشرة أنه لا يجوز لتمكن الربا فيه لتحقق معنى المعاوضة

ولو زاد صاحب الزيادة ثوبا أو شيئا آخر جاز لأن الزياة (((الزيادة))) صارت مقابلة بالثوب فزال معنى الربا

وقال في زرع مشترك بين رجلين في أرض مملوكة لهما فأرادا قسمة الزرع دون الأرض وقد سنبل الزرع إنه لا تجوز قسمته لأن قسمته بطريق المجازفة ولا تجوز المعاوضة بطريق المجازفة في الأموال الربوية

وكذا لو أوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين أو أوصى باللبن في الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب لأن الصوف واللبن من الأموال الربوية فلا يحتملان القسمة مجازفة كما لا يحتملان البيع مجازفة وكذا خيار العيب يدخل في نوعي القسمة كما يدخل في البيع وخيار الرؤية والشرط يدخل في أحد النوعين دون الآخر لا لانعدام معنى المبادلة بل لمعنى آخر نذكره في موضعه

ولو اشترى رجلان من رجل كر حنطة بمائة درهم فاقتسماه فلكل واحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على خمسين درهما ولو اشتريا دارا بمائة درهم فاقتسماها ليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على خمسين وإنما افترق النوعان في هذا الحكم لا لاعتبار معنى الإفراز في أحدهما والمبادلة في الآخر بل لمعنى آخر وهو أن المرابحة بيع بمثل المذكور ثمنا في الأول مع زيادة شيء وإنما يجوز البيع بمثل المذكور ثمنا في الأول مع زيادة شيء فيما يحتمل الزيادة

وأما فيما لا يحتمل الزيادة فلا كما إذا اشترى كر حنطة بكر حنطة لا يبيعه مرابحة على الكر

كذا هنا بل أولى لأن ذلك معاوضة مقصودة والمعاوضة في القسمة ليست بمقصودة وإذا كان كذلك يسقط اعتبار هذا الثمن شرعا في هذا الحكم لأنه لا يحتمل الزيادة فكان له أن يبيعه مرابحة على أول ثمن يحتمل الزيادة وهو الخمسون بخلاف قسمة الدار لأن هناك يمكن البيع بالثمن الأول وهو ثمن القسمة وزيادة شيء بأن يبيع نصفه من شريكه بالنصف الذي في يده وربح درهم مثلا كما إذا اشترى دارا بدار أو اشترى كر حنطة بثوب فأمكن بيعه مرابحة على الثمن الأول في الجملة فلم يجز بيعه مرابحة على خمسين إلا أنه إذا باعه مرابحة أو باعه من بائعه بالنصف الذي في يده بربح (ده يازده) لا يجوز لمعنى عرف في كتاب البيوع

والله تعالى أعلم

فصل وأما شرائط جواز القسمة فأنواع بعضها يرجع إلى القاسم وبعضها يرجع إلى المقسوم وبعضها يرجع إلى المقسوم له

أما الذي يرجع إلى القاسم فنوعان نوع هو شرط الجواز ونوع هو شرط الاستحباب

أما شرائط الجواز فأنواع منها العقل فلا تجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية فأما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة بإذن وليه

وكذلك الإسلام والذكورة والحرية ليست بشرط لجواز القسمة فتجوز قسمة الذمي والمرأة والمكاتب والمأذون لأن هؤلاء من أهل البيع فكانوا من أهل القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم

ومنها الملك والولاية فلا تجوز القسمة بدونهما

أما الملك فالمعني به أن يكون القاسم مالكا فيقسم الشركاء **بالتراضي**

وأما الولاية فنوعان ولاية قضاء وولاية قرابة إلا أن شرط ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضي وأمينه على الصغير والكبير والذكر والأنثى والمسلم والذمي والحر والعبد والمأذون والمكاتب عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم على ما نذكره ولا يشترط ذلك في ولاية القرابة فيقسم الأب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد

والأصل فيه أن كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن لا فلا ولهؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة

وكذا القاضي له ولاية بيع مال الصغير والكبير في الجملة فكان له ولاية القسمة في الجملة

وأما وصي الأم ووصي الأخ والعم فيقسم المنقول دون العقار لأن له ولاية بيع المنقول دون العقار

وفي وصي المكاتب إذا مات عن وفاء أنه هل يقسم فيه روايتان

وهذا كله يقرر ما قلنا إن معنى المبادلة لازم في القسمة حيث جعل سبيله سبيل البيع في الولاية ولا يقسم وصي الميت على الموصى له لانعدام ولايته عليه

وكذا لا يقسم الورثة عليه لانعدام ولايتهم عليه لأن الموصى له كواحد من الورثة ولا يقسم بعض الورثة على بعض لانعدام الولاية فلا يقسمون على الموصى له ولو اقتسموا وهو غائب نقضت قسمتهم لكن هذا إذا كانت القسمة **بالتراضي** فإن

---

(١) ".

"كانت بقضاءالقاضي تنفذ ولا تنقض لما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى

وأما شرائط الاستحباب فأنواع منها أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة لأنه لو كان غير عدل خائنا أو جاهلا بأمور القسمة يخاف منه الجور في القسمة لا يجوز

ومنها أن يكون منصوب القاضي لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولأنه أجمع لشرائط الأمانة والأفضل أن يرزقه من بيت المال ليقسم لناس (((للناس))) من غير أجر عليهم لأن ذلك أرفق بالمسلمين فإن لم يمكنه أن يرزقه من بيت المال يقسم لهم بأجر عليهم ولكن ينبغي للقاضي أن يقدر له أجرة معلومة كيلا يتحكم على الناس

ولو أراد الناس أن يستأجروا قساما آخر غير الذي نصبه القاضي لا يمنعهم القاضي عن ذلك ولا يجبرهم أن يستأجروا قساما لأنه لو فعل ذلك لعله لا يرضى إلا بأجرة كثيرة فيتضرر الناس

وكذا لا يترك القسامين يشتركون في القسم لما قلنا

ومنها المبالغة في تعديل الأنصباء والتسوية بين السهام بأقصى الإمكان لئلا يدخل قصور في سهم

وينبغي أن لا يدع حقا بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب إلا إذا لم يمكن

وينبغي أن لا يضم نصيب بعض الشركاء إلى بعض إلا إذا رضوا بالضم لأنه يحتاج إلى القسمة ثانيا

---

(١) بدائع الصنائع، ١٨/٧

وينبغي أن لا يدخل في قسمة الدار ونحوها الدراهم إلا إذا كان لا يمكن القسمة إلا كذلك لأن محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم فلا يدخلها في القسمة إلا عند الضرورة والله سبحانه وتعالى الموفق

ومنها أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولا فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار

ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذي يليه هكذا

ثم يقرع بينهم لا لأن القرعة يتعلق بها حكم بل لتطييب النفوس ولورود السنة بها

ولأن ذلك أنفى للتهمة فكان سنة

والله سبحانه وتعالى أعلم

وإذا قسم بأجر (((بأجرة))) فأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله على قدر الأنصباء

وجه قولهما أن أجرة القسمة من مؤنات الملك فيتقدر بقدره كالنفقة

وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن الأجرة بمقابلة العمل وعمله في حق الكل على السواء فكانت الأجرة عليهم على السواء وهذا لأن عمله تمييز الأنصباء والتمييز عمل واحد لأن تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل

والتفاوت في شيء واحد محال وإذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الأجرة

بخلاف النفقة لأنها بمقابلة الملك والملك يتفاوت فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الذي يرجع إلى المقسوم له فأنواع منها أن لا يلحقه ضرر في أحد نوعي القسمة دون النوع الآخر

وبيان ذلك أن القسمة نوعان قسمة جبر

وهي التي يتولاها القاضي وقسمة رضا وهي التي يفعلها الشركاء **بالتراضي** وكل واحد منهما على نوعين قسمة تفريق وقسمة جمع

أما قسمة التفريق فنقول وبالله تعالى التوفيق إن الذي تصادفه القسمة لا يخلو من أحد وجهين إما أن يكون مما لا ضرر في تبعيضه بالشريكين أصلا بل لهما فيه منفعة

وإما أن يكون مما في تبعيضه مضرة فإن كان مما لا مضرة في تبعيضه أصلا بل فيه منفعة للشريكين كالمكيل والموزون والعددي المتقارب فتجوز قسمة التفريق فيها قسمة جبر كما تجوز فيها قسمة الرضا لتحقق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك وإن كان مما في تبعيضه ضرر فلا يخلو من أحد وجهين إما أن يكون فيه ضرر بكل واحد منهما وإما أن يكون فيه ضرر بأحدهما نفع في حق الآخر فإن كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه وذلك نحو اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف الكريم والقباء والجبة

والخيمة والحائط والحمام والبيع (((والبيت))) الصغير والحانوت الصغير والرحى والفرس والجمل والبقرة والشاة لأن القسمة في هذه الأشياء قسمة إضرار بالشريكين جميعا والقاضي لا يملك الجبر على الإضرار

وكذلك النهر والقناة والعين والبئر لما قلنا فإن كان مع ذلك أرض قسمت الأرض وتركت البئر والقناة على الشركة فأما إذا كانت أنهار الأرضين متفرقة أو عيونا أو آبارا قسمت الآبار والعيون لأنه لا ضرر في القسمة

وكذا الباب والساحة والخشبة إذا كان في قطعهما ضرر

فإن كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فيها من غير ضرر جازت وتجوز قسمة الرضا في هذه الأشياء بأن يقتسماها بأنفسهما بتراضيهما لأنهما يملكان الإضرار بأنفسهما مع ما أن ذلك لا يخلو عن نوع نفع وما لا تجري

". (١)

"فيه القسم (((القسمة))) لا يجبر واحد منهما على بيع حصته من صاحبه عند عامة العلماء

وقال مالك رحمه الله إذا اختصما فيه باع القاضي وقسم الثمن بينهما والصحيح قول العامة لأن الجبر على إزالة الملك غير مشروع

وعلى هذا طريق بين رجلين طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فإن كان يستقيم لكل واحد منهما طريق نافذ بعد القسمة يجبر على القسمة

لأن القسمة تقع تحصيلا لما شرعت له وهو تكميل منافع الملك فيجبر عليها

وإن كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لأنها قسمة إضرار بالشريكين فلا يليها القاضي إلا إذا كان لكل واحد منهما في نصيبه من الدار مفتح من وجه آخر فيقسم أيضا لأن القسمة في هذه الصورة لا تقع إضرارا

ولو اقتسما بأنفسهما جازت لتراضيهما بالضرر

وكذلك المسيل المشترك إذا طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر

وإن كان بحال لو قسم يصيب كل واحد منهما بعد القسمة قدر ما يسيل ماؤه

أو كان له موضع آخر يمكنه التسييل فيه يقسم

وإن لم يمكن لم يقسم لما ذكرنا في الطريق

وعلى هذا إذا طلب أحدهما مفتح الدار من غير رفع الطريق وأبى الآخر إلابرفع الطريق أنه إن كان لكل واحد منهما مفتح آخر يفتحه في نصيبه قسم بينهما بغير رفع الطريق لأن ما هو المطلوب من القسمة وهو تكميل منافع الملك في هذه القسمة أوفر وإن لم يكن رفع بينهما طريقا وقسم الباقي لأنه إذا لم يكن بينهما مفتح كانت القسمة بغير طريق تفويتا للمنفعة لا تكميلا لها فكانت إضرارا بهما وهذا لا يجوز إلا إذا اقتسما بأنفسهما بغير طريق فيجوز لما قلنا

---

(١) بدائع الصنائع، ١٩/٧

ولو اختلفا في سعة الطريق وضيقه جعل الطريق على قدر عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيها لأن الطريق وضع للاستطراق والباب هو الموضوع مدخلا إلى أدنى ما يكفي للاستطراق فيحكم فيه

والله سبحانه وتعالى أعلم

وعلى هذا إذا بنى رجلان في أرض رجل بإذنه وطلب أحدهما قسمة البناء وأبى الآخر وصاحب الأرض غائب لم تقسم

لأن الأرض المبني عليها بينهما شائع بالإعارة أو بالإجارة فلو قسم البناء بينهما لكان لكل واحد منهما سبيل في بعض نصيب صاحبه وفيه ضرر فلا يجبر على القسم (((القسمة))) ولو اقتسما **بالتراضي** جازت وكذا لو هدمها وكانت الآلة بينهما

وعلى هذا زرع بين رجلين في أرض مملكة (((مملوكة))) لهما طلب أحدهما قسمة الزرع دون الأرض فإن كان الزرع قد بلغ وسنبل لا يقسم لما ذكرنا من قبل

ولو طلبا جميعا لا يقسم أيضا لأن المانع هو الربا وحرمة الربا لا تحتمل الارتفاع بالرضا

وإن كان الزرع بقلا فطلب أحدهما لا يقسم أيضا لأن الأرض مملوكة لهما على الشركة فلو قسم لكان كل واحد منهما بسبيل من القطع وفيه ضرر ولا جبر على الضرر

ولو اقتسما بأنفسهما وشرطا القطع جازت لأنهما رضيا بالضرر ولو شرطا الترك لم يجز لأن رقبة الأرض مشتركة بينهما فكان شرط الترك منهما في القسمة شرطا لانتفاع كل واحد منهما بملك شريكه

ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان فسدا (((مفسدا))) للقسمة لأن فيها معنى البيع

وكذلك لو لم تكن الأرض مملوكة لهما وكانت في أيديهما بالإعارة أو بالإجارة والزرع بقل لا تقسم لما ذكرنا ولو اقتسما بأنفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط الترك كالبيع على ما ذكرنا

وكذلك طلع بين رجلين طلب أحدهما قسمة الطلع دون النخل والأرض لم يقسم لما ذكرنا في الزرع ولو اقتسما **بالتراضي** فإن شرطا القطع جاز وإن شرطا الترك لم يجز لما ذكرنا في الزرع

ولو تركه بعد القسمة بإذن صاحبه فأدرك وقلع فالفضل له طيب لأنه وإن حصل في ملك مشترك لكنه حصل بإذن شريكه فلا يكون خبيثا وإن لم يأذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه فكان سبيله التصدق

هذا إذا كان شيئا في تبعيضه ضرر بكل واحد من الشريكين فأما إذا كان شيئا في تبعيضه ضرر بأحدهما دون الآخر كالدار المشتركة بين رجلين ولأحدهما فيها شقص قليل فإن طلب الكثير القسمة قسمتا إجماعا لأن القسمة في حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك وفي حق صاحب القليل تقع منعا له من الانتفاع بنصيبه إذ لا يقدر صاحب القليل على الانتفاع بنصيبه إلا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير لقلة نصيبه فكانت القسمة في حقه منعا له من الانتفاع بنصيب شريكه فجازت

وإن طلب صاحب القليل القسمة فقد ذكر الحاكم الجليل في مختصره أنه يقسم وذكر القدوري رحمه الله أنه لا يقسم

وجه ما ذكره الحاكم أنه لا ضرر في هذه القسمة في حق صاحب الكثير بل له فيه منفعة فكان في الإباء متعنتا فلا يعتبر إباؤه وصاحب القليل قد

". (١)

"لتراضيهما بالضرر وكذا لو كان مع الرقيق غيره قسم

كذا ذكره في كتاب القسمة لأنه إن كان لا يحتمل القسمة مقصودا فيجعل تبعا لما يحتملها فيقسم بطريق التبعية كالشرب والطريق أنه لا يجوز بيعهما مقصودا ثم يدخلان في البيع تبعا للنهر والأرض

كذا هذا

وذكر الجصاص أن المذكور في الأصل محمول على قسمة الرضا

وأما قسمة القضاء فلا تجوز وإن كان مع غيره لأن غير المقسوم ليس تبعا للمقسوم بل هو أصل بنفسه بخلاف الشرب والطريق

وكذلك الدور عند أبي حنيفة لا تقسم قسمة جمع حتى لو كان بين رجلين داران تقسم كل واحدة على حدتها سواء كانتا منفصلتين أو متلاصقتين وعندهما ينظر القاضي في ذلك إن كان الأعدل في الجمع جمع وإن كان الأعدل في التفريق فرق

وكذا لو كان بينهما أرضان أو كرمان فهو على الاختلاف

وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع إجماعا متصلين كانا أو منفصلين

وكذا المنزلان المتصلان وأما المنفصلان في دار واحدة فعلى الخلاف

وجه قولهما أن الدور كلهاجنس واحد والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوض إلى رأي القاضي إن رأى الأعدل في التفريق فرق وإن رأى الأعدل في الجمع جمع

ولأبي حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا في الرقيق إن القسمة فيها باعتبار أعيانها ويقع ضرر التفاوت متفاحشا بين دار ودار لاختلاف الدور في أنفسها واختلافها باختلاف البناء والبقاع فكانا في حكم جنسين مختلفين والقسمة فيها باعتبار القيمة تقع تصرفا في غير محله فلا يصح

ولو اقتسما بأنفسهما أو بالقاضي بتراضيهما جاز لما مر

والله تعالى أعلم

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٠/٧

وأما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا تجمع بالإجماع بل يقسم كل واحد (((واحدة))) على حدة لاختلاف الجنس

ومنها الطلب في أحد نوعي القسمة وهو قسمة الجبر حتى إنه لو لم يوجد الطلب من أحد من الشركاء أصلا لم تجز القسمة لأن القسمة من القاضي تصرف في ملك الغير والتصرف في ملك الغير من غير إذنه محظور في الأصل إلا أنه عند طلب البعض يرتفع الحظر لأنه إذا طلب علم أنه له في استيفاء هذه الشركة ضررا إذ لو كان الطلب لتكميل المنفعة لطلب صاحبه وكان عليه أن يمتنع من الإضرار ديانة فإذا أبى القسمة علم أنه لا يمتنع فيدفع القاضي ضرره بالقسمة فكانت القسمة في هذه الصورة من باب دفع الضرر والقاضي نصب له

ونظيره الشفعة فإن الشفيع يتملك الدار على المشتري بالشفعة من غير رضى (((رضا))) دفعا لضرره لأنه لما طلب الشفعة علم أنه يتضرر بجواره فالشرع دفع ضرره عنه بإثبات حق التمليك بالشفعة جبرا عليه

كذا هذا

ومنها الرضا في أحد نوعي القسمة وهو رضا الشركاء فيما يقسمونه بأنفسهم إذا كانوا من أهل الرضا أو رضا من يقوم مقامهم إذا لم يكونوا من أهل الرضا فإن لم يوجد لا يصح حتى لو كان في الورثة صغير لا وصي له أو كبير غائب فاقتسموا فالقسمة باطلة لما ذكرنا أن القسمة فيها معنى البيع وقسمة الرضا أشبه بالبيع ثم لا يملكون البيع إلا **بالتراضي** فكذا القسمة إلا إذا لم يكونوا من أهل الرضا كالصبيان والمجانين فيقسم الولي أو الوصي إذا كان في القسمة منفعة لهم لأنهما يملكان البيع فيملكان القسمة

وكذا إذا كان فيهم صغير وله ولي أو وصي يقتسمون برضا الولي أو الوصي

فإن لم يكن نصب القاضي عن الصغير وصيا واقتسموا برضاه فإن أبى ترافعوا إلى القاضي حتى يقسم بينهم

ومنها حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم في نوعي القسمة حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلا ولا يقسم القاضي أيضا إذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنه لو قسم لا تنقض (((تنقص))) قسمته لأنه صادف محل الاجتهاد فلا ينقض

ومنها البينة في قسمة القضاء في الإقرار بميراث الإقرار عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ليست بشرط

ويقسم بإقرارهم فنقول جملة الكلام في بيان هذين الشرطين أن جماعة إذا جاؤوا إلى القاضي وهم عقلاء بالغون أصحاء في أيديهم مال فأقروا أنه ملكهم وطلبوا القسمة من القاضي فهذا لا يخلو في الأصل من أحد وجهين إما أن يقروا بالملك مطلقا عن ذكر سبب وإما أن يقروا بالملك بسبب ادعوا انتقال الملك به من أحد وكل وجه على وجهين

إما أن يكون المال الذي في أيديهم منقولا وإما أن يكون عقارا فإن أقروا بالملك مطلقا عن سبب الانتقال قسم بإقرارهم ويذكر في الإشهاد في كتاب الصك أني قسمت بإقرارهم ولم أقض فيه على أحد ولا يطلب منهم البينة على أصل الملك منقولا

". (١)

"فأشبهت البيع فكان كل واحد منهما ضامنا سلامة النصف لصاحبه فإذا لم يسلم يرجع عليه بحكم الضمان كما في البيع وأما عندهما فقد اختلف المشايخ فيه

قال بعضهم لا يرجع لأن القاضي يجبر على هذه القسمة عندهما فأشبه استحقاق النصف من دار واحدة

وقال بعضهم يرجع وعليه اعتمد القدوري عليه الرحمة وهو الصحيح لأن القاضي إنما يجبر على قسمة الجمع ههنا عندهما إذا رأى الجمع أعدل ولا يعرف ذلك من رأي القاضي إذا فعلا بأنفسهما

ولو كانتا جاريتين فأخذ كل واحد منهما جارية فاستولدها ثم استحقت رجع على شريكه بالنصف عند أبي حنيفة لأن القاضي لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فإذا اقتسما بتراضيهما أشبه البيع على ما ذكرنا

وأما عندهما فينبغي أن لا يرجع

كذا ذكره القدوري عليه الرحمة وفرق بين الرقيق وبين الدور

وبينهما فرق لأن القاضي هناك لا يجبر على الجمع عينا ولكنه يراعي الأعدل في ذلك من التفريق والجمع وههنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد ضمان السلام (((السلامة))) من صاحبه فلا يرجع عليه

والله سبحانه وتعالى أعلم

وعلى هذا الأصل إذا اقتسم قوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق أو ظلة فإن كان على طريق العامة لا يحسب ذرع الكنيف والظل من ذرع الدار لأن رقبة الأرض ليست بمملوكة لأحد بل هي حق العامة وإن كان على طريق غير نافذ يحسب ذلك من ذرع الدار لأن له في السكة مسلكا فأشبه علو البيت والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما صفات القسمة فأنواع منها أن تكون عادلة غير جائرة

وهي أن تقع تعديلا للأنصباء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ومبادلة البعض ومبنى المبادلات على المراضاة فإذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي ولا إفراز نصيبه بكماله لبقاء الشركة في البعض فلم تجز وتعاد

وعلى هذا إذا ظهر الغلط في القسمة المبادلة بالبينة أو بالإقرار تستأنف لأنه ظهر أنه لم يستوف حقه فظهر أن معنى القسمة لم يتحقق بكماله ولو ادعى أحد الشريكين الغلط في القسمة فهذا لا يخلو من أحد وجهين إما إن كان المدعي أقر باستيفاء حقه وإما إن كان لم يقر بذلك فإن كان قد أقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضا في دعواه لأن الإقرار باستيفاء الحق إقرار بوصول حقه إليه بكماله ودعوى الغلط إخبار أنه لم يصل إليه حقه بكماله فيتناقض وإن كان لم يقر باستيفاء حقه لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى لأن القسمة قد صحت من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها إلا بحجة

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٢/٧

فإن أقام البينة أعيدت القسمة لما قلنا وإن لم تقم له بينة وأنكر شريكه فأراد استحلافه حلفه على ما ادعى من الغلط لأنه يدعي عليه حقا هو جائز الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف

وبيان ذلك دار بين رجلين اقتسما واستوفى كل واحد منهما حقه ثم ادعى أحدهما غلطا في القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسأل البينة على الغلط فإن أقام البينة وإلا فيحلف شريكه إن شاء لما قلنا فإن حلف أحد الشريكين ونكل الآخر فإن كان الشركاء ثلاثة يجمع بين نصيب المدعي وبين نصيب الناكل فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لأن نكوله دليل كون المدعي صادقا في دعواه في حقه فكان حجة في حقه لا في حق الشريك الحالف فلم تصح القسمة في حقهما فتعاد في قدر نصيبهما

وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض في المكيلات والموزونات والمذروعات ولو كان بين رجلين داران اقتسماها (((اقتسماهما))) فأخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى أحدهما الغلط في القسمة وأقام البينة على ذلك فالقسمة باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا تبطل ولكن يقضي للمدعي بذلك الذرع من الدار الأخرى وبنوا هذه المسألة على بيع ذراع من دار أنه لا يجوز عنده وعندهما جائز

ووجه البناء أن قسمة الجمع في الدور **بالتراضي** جائزة بلا خلاف ومعنى المبادلة وإن كان لازما في نوعي القسمة لكن هذا النوع بالمبادلات أشبه

وإذا تحققت المبادلة صح البناء والله سبحانه وتعالى أعلم

ولو اقتسما دارا بينهما فأخذ كل واحد منهما طائفة ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه أنه وقع في قسمته وأقام بينة سمعت بينته وإن أقاما جميعا البينة أخذت بينة المدعي لأنه خارج وإن كان قبل الإشهاد والقبض تحالفا وترادا

وكذا لو اختلفا في الحدود فادعى كل واحد منهما حدا في يد صاحبه أنه أصابه وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بالحد الذي في يد صاحبه لأن كل

---

(١) ".

"لفضل قيمة البناء والموضع أن القسمة جائزة لأنها وقعت عادلة من حيث المعنى لأن الدار قد يفضل بعضها على بعض بالبناء والموضع فكان ذلك تفضيلا (((تفصيلا))) من حيث الصورة تعديلا من حيث المعنى ولو لم يسميا قيمة فضل البناء وقت القسمة جازت القسمة استحسانا وتجب قيمة فضل البناء وإن لم يسمياها في القسمة

والقياس أن لا تجوز القسمة لأن هذه قسمة بعض الدار دون بعض لأن العرصة مع البناء بمنزلة شيء واحد وقسمة البناء بالقيمة فإذا وجدت القسمة مجهولة فوقعت القسمة للعرصة دون البناء بقيت وإنها غير جائزة

وجه الاستحسان أن قسمة العرصة قد صحت بوقوعها في محلها وهو الملك ولا صحة لها إلا بقسمة البناء وذلك بالقيمة فتجب على صاحب الفضل قيمة فضل البناء وإن لم يسم ضرورة صحة القسمة

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٦/٧

والله سبحانه وتعالى أعلم

وعلى هذا الأصل تخرج أيضا قسمة الجمع في الأجناس المختلفة إنها غير جائزة جبرا بالإجماع لتعذر تعديل الأنصباء إلا بالقيمة وإنها ليست محل القسمة على ما مر ولا يجوز في الرقيق والدور عند أبي حنيفة رحمه الله لأنها في حكم الأجناس المختلفة ولا تقع القسمة فيها عادلة أو جائزة (((جائزة))) ولا تقسم الأولاد في بطون الغنم لتعذر التعديل

وعلى هذا يخرج رد المقسوم بالعيب في نوعي القسمة لأنه إذا ظهر به عيب فقد ظهر أنها وقعت جائزة لا عادلة فكان له حق الرد بالعيب كما في البيع ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان كما في البيع إلا أن في البيع يرجع بتمام النقصان وفي القسمة يرجع بالنصف لأن النقصان في القسمة يرجع بالنصيبين جميعا فيرجع بنصف النقصان من نصيب شريكه

وأما الرد بخيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة الرضا لأن القسمة فيها معنى المبادلة وهذا النوع أشبه بالمبادلات لوجود المراضاة من الجانبين فيثبت فيه خيار الرؤية كما في البيع ولا يثبت في قسمة القضاء لا لخلوها عن المبادلة بل لعدم الفائدة

لأنه لو ردها بخيار الرؤية والشرط لأجبره القاضي ثانيا فلا يفيد والله سبحانه وتعالى أعلم

ولا تجب الشفعة في القسمة لأن حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة لثبوتها على مخالفة القياس

والقسمة مبادلة من وجه فلا تحتمل الشفعة

ولأنها لو وجبت لا يخلو إما أن تجب للشريك أو للجار لا سبيل إلى الأول لأن الشفعة تجب لغير البائع والمشتري ولا سبيل إلى الثاني لأن الشريك أولى من الجار

والله سبحانه وتعالى أعلم

ومنها الوجوب عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين بقسمته وكذا فيما ينتفع بها أحدهما ويستضر الآخر عند طلب المنتفع بالإجماع وعند طلب المستضر اختلاف روايتي الحاكم والقدوري رحمهما الله

وقد ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم

ومنها اللزوم بعد تمامها في النوعين جميعا حتى لا يحتمل الرجوع عنها إذا تمت

وأما قبل التمام فكذلك في أحد نوعي القسمة وهو قسمة القضاء دون النوع الآخر وهو قسمة الشركاء

بيان ذلك أن الدار إذا كانت مشتركة بين قوم فقسمها القاضي أو الشركاء **بالتراضي** فخرجت السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم الرجوع

وكذا إذا خرج الكل إلا سهم واحد لأن ذلك خروج السهام كلها لكون ذلك السهم متعينا بمن بقي من الشركاء

وإن خرج بعض السهام دون البعض فكذلك في قسمة القضاء لأنه لو رجع أحدهم لأجبره القاضي على القسمة ثانيا فلا يفيد رجوعه

وأما في قسمة التراضي فيجوز الرجوع لأن قسمة التراضي لا تتم إلا بعد خروج السهام كلها وكل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه كما في البيع ونحوه

والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان حكم القسمة فنقول وبالله التوفيق حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسوم عينا تصرفا فيه فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع في نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ووقع البناء في نصيب الآخر فلصاحب الساحة أن يبني في ساحته وله أن يرفع بناءه وليس لصاحب البناء أن يمنعه وإن كان يفسد عليه الريح والشمس لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه

وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا أو تنورا أو حماما أو رحى لما قلنا

وكذا له أن يقعد في بنائه حدادا أو قصارا وإن كان يتأذى به جاره لما قلنا

وله أن يفتح بابا أو كوة لما ذكرنا

ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أصلا ففتح الباب والكوة أولى وله أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة أو كرباسا وإن كان بهى (((يهي))) بذلك حائط جاره ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل ولو سقط الحائط من ذلك

---

(١) ".

"رجل فمات صاحب الدار فاقتسمت الورثة الدار بينهم وتركوا الطريق كان الطريق بينه وبين الرجل نصفين لا على عدد الرؤوس حتى لو باعوا الدار يقسم الثمن بين الورثة وبينه نصفين لا على عدد الرؤوس لأن الورثة قاموا مقام المورث وقد كان الطريق بينهما نصفين فكذا بينه وبينهم

ولو لم يعرف أن الدار ميراث بينهم وجحدوا ذلك فالطريق بينهم بالسوية على عدد الرؤوس لاستوائهم في اليد على ما مر

والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق الذي يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٨/٧

وبيان ذلك أن الورثة إذا اقتسموا التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من أحد وجهين إما أن يكون للميت مال آخر سواه وإما إن لم يكن فإن لم يكن له مال سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم تنقض القسمة سواء كان الدين محيطا بالتركة أو لم يكن لأن الدين مقدم على الإرث قليلا كان أو كثيرا قال الله تبارك وتعالى ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ قدم سبحانه وتعالى الدين على الوصية من غير فصل بين القليل والكثير لأن الدين إذا كان محيطا بالتركة تبين أنه لا ملك للورثة فيها إلا من حيث الصورة بل هي ملك للميت يتعلق بها بحق الغرماء وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة القسمة فقيام الملك والحق أولى وإذا لم يكن محيطا بالتركة فملك الميت وحق الغرماء وهو حق الاستيفاء ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة فإن لم يكن للميت مال آخر سواه يجعل الدين فيه وتمضي القسمة لأن القسمة تصان عن النقض ما أمكن وقد أمكن صيانتها بجعل الدين فيه

وكذا الورثة إذا قضوا الدين من مال أنفسهم لا تنقض لأن حق الورثة كان متعلقا بصورة التركة وحق الغرماء بمعناها وهو المالية فإذا قضوا الدين من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لأنفسهم صورة ومعنى فتبين أنهم في الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة ومعنى فتبين أنها وقعت صحيحة فلا تنقض

وكذلك إذا أبرأه الغرماء من ديونهم لا تنقض القسمة لأن النقض لحقهم وقد أسقطوه بالإبراء

وكذلك إذا ظهر لبعض المقتسمين دين على الميت بأن ادعى دينا على الميت وأقام البينة عليه فله أن ينقض القسمة لما قلنا ولا تكون قسمته إبراء من الدين لأن حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ماليتها لا بالصورة ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص

وإذا كان كذلك فلا يكون إقدامه على القسمة إقرارا منه لأنه لا دين له على الميت فلم يكن مناقضا في دعواه فسمعت

ومنها ظهور الوصية حتى لو اقتسموا ثم ظهر ثم موصى له بالثلث نقضت قسمتهم لأن الموصى له شريك الورثة ألا ترى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث آخر غائب تنقض فكذا هذا

وهذا إذا كانت القسمة **بالتراضي** فإن كانت بقضاء القاضي لا تنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لأن القسمة في هذا الموضع (((الموضوع))) محل الاجتهاد

وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض

ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم

ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا

ولو ادعى وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح دعواه حتى لا تسمع منه البينة لكونه مناقضا في الدعوى إذ لا تصح قسمتهم الميراث وثم موصى له فكان إقدامه على القسمة إقرارا منه بانعدام الوصية فكان دعوى وجود الوصية مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير بقسمة الأب لأنه لا يملك إبطال حقه

وكذلك لو ادعى بعض الورثة أن أخا له من أبيه وأمه ورث أباه معهم وأنه مات بعد موت الأب وورثه هذا المدعي وجحد الباقون ذلك فأقام المدعي البينة لا تقبل بينته لأنه هنا قضى في دعواه لدلالة إقراره بانعدام وارث آخر بإقدامهم ((بإقدامه))) على القسمة

وكذلك كل ميراث يدعيه أو شراء أو هبة أو صدقة أو وصية بعد القسمة للتناقض بدلالة الإقدام على القسمة والله تعالى أعلم

دار بين رجلين أقر أحدهما ببيت منها لرجل وأنكر الآخر يصح إقراره لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لأن هذا الإقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الآخر بل هو موقوف وإذا لم يتعلق بالعين

---

(١) ".

"بعض المأخوذ حقه علي للشيوع (((الشيوع))) ولا قطع فيه فكذا في الباقي كما إذا سرق مالا مشتركا وإن كان دينه مؤجلا فالقياس أن يقطع وفي الاستحسان لا يقطع

وجه القياس أن الدين إذا كان مؤجلا فليس له حق الأخذ قبل حلول الأجل ألا ترى أن للغريم أن يسترده منه فصار كما لو سرقه أجنبي

وجه الاستحسان أن حق الأخذ إن لم يثبت قبل حل الأجل فسبب ثبوت حق الأخذ قائم وهو الدين لأن تأثير التأجيل تأخير في المطالبة لا في سقوط الدين فقيام سبب ثبوته يورث الشبهة

وإن سرق خلاف جنس حقه بأن كان عليه دراهم فسرق منه دنانير أو عروضا قطع

هكذا أطلق الكرخي رحمه الله

وذكر في كتاب السرقة أنه إذا سرق العروض ثم قال أخذت لأجل حقي لا يقطع فيحمل مطلق قول الكرخي على المطلق

وهو ما إذا سرق ولم يقل أخذت لأجل حقي لأنه إذا لم يقل فقد أخذ مالا ليس له حق أخذه

ألا ترى أنه لا يصير قصاصا إلا بالاستبدال والتراضي ولم يتأول الأخذ أيضا فكان أخذه بغير حق ولا شبهة حق

وهذا يدل على أنه لا يعيد بخلاف قول من يقول من الفقهاء إن لصاحب الحق إذا ظفر بخلاف جنس حقه أن يأخذه لأنه قول لم يقل به أحد من السلف فلا يعتبر خلافا مؤذنا للشبهة

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٠/٧

وإذا قال أخذت لأجل حقي فقد أخذه متأولا لأنه اعتبر المعنى وهي المالية لا الصورة والأموال كلها في معنى المالية متجانسة فكان أخذا عن تأويل فلا يقطع

ولو أخذ صنفا من الدراهم أجود من حقه أو أردأ لم يقطع لأن المأخوذ من جنس حقه من حيث الأصل وإنما خالفه من حيث الوصف

ألا يرى أنه لو رضي به يصير مستوفيا حقه ولا يكون مستبدلا حتى يجوز في الصرف والسلم مع أن الاستبدال ببدل الصرف والسلم لا يجوز وإذا كان المأخوذ من جنس حقه من حيث الأصل تثبت شبهة حق الأخذ فيلحق بالحقيقة في باب الحد كما في الدين المؤجل

ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم أو حليا من ذهب وعليه دنانير يقطع لأن هذا لا يصير قصاصا من حقه إلا بالمراضاة ويكون ذلك بيعا واستبدالا فأشبه العروض وإن كان السارق قد استهلك العروض أو الحلي ووجب (((ووجبت))) عليه قيمته

وهو مثل الذي عليه من العين فإن هذا يقطع أيضا لأن المقاصد إنما تقع بعد الاستهلاك فلا يوجب سوى القطع

ولو سرق مكاتب أو عبد من غريم مولاه يقطع لأنه ليس له حق قبض دين المولى من غير أمره فصار كالأجنبي حتى لو كان المولى وكله بقبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار كصاحب الدين ولو سرق من غريم مكاتبه أو من غريم عبده المأذون فإن لم يكن على العبد دين لم يقطع لأن ذلك ملك مولاه فكان له حق أخذه وإن كان عليه دين قطع لأنه ليس له حق القبض فصار كالأجنبي

ولو سرق من غريم أبيه أو ولده يقطع لأنه لا حق له فيه ولا في قبضه إلا إذا كان غريم ولده الصغير فلا يقطع لأن حق القبض له كما في دين نفسه

والله تعالى أعلم

وعلى هذا أيضا يخرج سرقة المصحف على أصل أبي حنيفة أنه لا قطع فيه لأن له تأويل الأخذ إذ الناس لا يضنون ببذل المصاحف الشريفة لقراءة القرآن العظيم عادة فأخذه الآخذ متأولا وكذلك سرقة البربط والطبل والمزمار وجميع آلات الملاهي لأن آخذها يتأول أنه بأخذها (((يأخذها))) منع (((لمنع))) المالك عن المعصية ونهيه عن المنكر

وذلك مأمور به شرعا

وكذلك سرقة شطرنج ذهب أو فضة لما قلنا

وكذلك سرقة صليب أو صنم من فضة من حرز لأنه يتأول أنه أخذه للكسر

وأما الدراهم التي عليها التماثيل فيقطع فيها لأنها لا تعبد عادة فلا تأويل له في الأخذ للمنع من العبادة فيقطع

وعلى هذا يخرج ما إذا قطع سارق في مال ثم سرقه منه سارق آخر أنه لا يقطع لأن المسروق ليس بمعصوم في حق المسروق منه ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته وتقومه في حقه بالقطع ولأن كون يد المسروق منه يدا صحيحة شرط وجوب القطع ويد السارق ليست يدا صحيحة لما نذكره إن شاء الله تعالى

ولو سرق مالا فقطع فيه فرده إلى المالك ثم عاد فسرقه منه ثانيا فجملة الكلام فيه أن المردود لا يخلو إما إن كان على حاله لم يتغير وإما إن أحدث المالك فيه ما يوجب تغيره فإن كان على حاله لم يقطع استحسانا والقياس أن يقطع وهو رواية الحسن عن أبي يوسف وبه أخذ الشافعي رحمهم الله

أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فمبني على أن العصمة الثابتة للمسروق حقا للعبد قد سقطت عند السرقة الأولى لضرورة وجوب القطع على أصلنا وعلى أصله لم تسقط بل بقيت على ما كانت وسنذكر

." (١)

"العجم أن أهل الكتاب إنما تركوا بالذمة وقبول الجزية لا لرغبة فيما يؤخذ منهم أو طمع في ذلك بل للدعوة إلى الإسلام ليخالطوا المسلمين فيتأملوا في محاسن الإسلام وشرائعه وينظروا فيها فيروها مؤسسة على ما تحتمله العقول وتقبله فيدعوهم ذلك إلى الإسلام فيرغبون فيه فكان عقد الذمة لرجاء الإسلام

وهذا المعنى لا يحصل بعقد الذمة مع مشركي العرب لأنهم أهل تقليد وعادة لا يعرفون سوى العادة وتقليد الآباء بل يعدون ما سوى ذلك سخرية وجنونا فلا يشتغلون بالتأمل والنظر في محاسن الشريعة ليقفوا عليها فيدعوهم إلى الإسلام فتعين السيف داعيا لهم إلى الإسلام ولهذا لم يقبل رسول الله منهم الجزية

ومشركوا (((ومشركو))) العجم ملحقون بأهل الكتاب في هذا الحكم بالنص الذي روينا

ومنها أن لا يكون مرتدا فإنه لا يقبل من المرتد أيضا إلا الإسلام أو السيف لقول الله تبارك وتعالى ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾ قيل إن الآية نزلت في أهل الردة من بني حنيفة ولأن العقد في حق المرتد لا يقع وسيلة إلى الإسلام لأن الظاهر أنه لا ينتقل عن دين الإسلام بعدما عرف محاسنه وشرائعه المحمودة في العقول إلا لسوء اختياره وشؤم طبعه فيقع اليأس عن فلاحه فلا يكون عقد الذمة وقبول الجزية في حقه وسيلة إلى الإسلام والله تعالى أعلم

وأما الصابئون فيعقد لهم عقد الذمة لما ذكرنا في كتاب النكاح عند أبي حنيفة هم قوم من أهل الكتاب يقرؤون (((يقرءون))) الزبور وعندهما قوم يعبدون الكواكب فكانوا في حكم عبدة الأوثان فتؤخذ منهم الجزية إذا كانوا من العجم

والله تعالى أعلم

ومنها أن يكون مؤبدا فإن وقت له وقتا لم يصح عقد الذمة لأن عقد الذمة في إفادة العصمة كالخلف عن عقد الإسلام

وعقد الإسلام لا يصح إلا مؤبدا فكذا عقد الذمة

والله تعالى أعلم

---

(١) بدائع الصنائع، ٧٢/٧

وأما بيان حكم العقد فنقول وبالله التوفيق إن لعقد الذمة أحكاما منها عصمة النفس لقوله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ إلى قوله عز وجل ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ نهى سبحانه وتعالى إباحة القتال إلى غاية قبول الجزية وإذا انتهت الإباحة تثبت العصمة ضرورة

ومنها عصمة المال لأنها تابعة لعصمة النفس

وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال إنما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا والكلام في وجوب الجزية في مواضع في بيان سبب وجوب الجزية وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان وقت الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان ما يسقط به بعد الوجوب

أما الأول فسبب وجوبها عقد الذمة وأما شرائط الوجوب فأنواع منها العقل ومنها البلوغ ومنها الذكورة فلا تجب على الصبيان والنساء والمجانين لأن الله سبحانه وتعالى أوجب الجزية على من هو من أهل القتال بقوله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ﴾ الآية

والمقاتلة مفاعلة من القتال فتستدعي أهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من ليس من أهل القتال وهؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا تجب عليهم

ومنها الصحة فلا تجب على المريض إذا مرض السنة كلها لأن المريض لا يقدر على القتال

وكذلك إن مرض أكثر السنة وإن صح أكثر السنة وجبت لأن للأكثر حكم الكل

ومنها السلامة عن الزمانة والعمى والكبر في ظاهر الرواية فلا تجب على الزمن والأعمى والشيخ الكبير

وروي عن أبي يوسف أنها ليست بشرط وتجب على هؤلاء إذا كان لهم مال والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن هؤلاء ليسوا من أهل القتال عادة ألا ترى أنهم لا يقتلون وكذا الفقير الذي لا يعتمل لا قدرة له لأن من لا يقدر على العمل لا يكون من أهل القتال

وأما أصحاب الصوامع فعليهم الجزية إذا كانوا قادرين على العمل لأنهم من أهل القتال فعدم العمل مع القدرة على العمل لا يمنع الوجوب كما إذا كان له أرض خراجية فلم يزرعها مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه الخراج والله تعالى أعلم

ومنها الحرية فلا تجب على العبد لأن العبد ليس من أهل ملك المال

وأما وقت الوجوب فأول السنة لأنها تجب لحقن الدم في المستقبل فلا تؤخر إلى آخر السنة ولكن تؤخذ في كل شهر من الفقير درهم ومن المتوسط درهمان ومن الغني أربعة دراهم

وأما بيان مقدار الواجب فنقول وبالله التوفيق الجزية على ضربين جزية توضع **بالتراضي** وهو الصلح وذلك يتقدر بقدر ما وقع عليه الصلح كما صالح رسول الله

" (١)

"فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلتها شيء أنفق ذلك في بنائه لأنه بالانهدام لم يخرج من أن يكون مسجدا وقد أوصى له بغلتها فتنفق في بنائه وعمارته والله أعلم

ومنها أن لا يكون مملوكا للموصي إذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد حتى لو أوصى لعبده بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد لا تصح الوصية لأنه إذ ذاك يكون موصيا لنفسه

ولو أوصى له بشيء من رقبته بأن أوصى له بثلث رقبته جاز لأن الوصية له بثلث رقبته تمليك ثلث رقبته منه وتمليك نفس العبد منه يكون إعتاقا فيصير ثلثه مدبرا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يصير كله مدبرا لأن التدبير يتجزأ عنده كالإعتاق وعندهما لا يتجزأ

ولو أوصى له بثلث ماله جازت وصيته وعتق ثلثه بعد موته لأن رقبته دخلت في الوصية لأنها ماله فوقعت الوصية عليها وعلى سائر أملاكه ثم ينظر إن كان ماله دراهم ودنانير ينظر إلى ثلثي العبد فإن كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصا وإن كان في المال زيادة تدفع إليه الزيادة وإن كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة إلى الورثة وإن كانت التركة عروضا لا تصير قصاصا إلا **بالتراضي** لاختلاف الجنس وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من سائر أمواله وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل إليهم السعاية

وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه

وأما عندهما صار كله مدبرا فإذا مات عتق كله ويكون العتق مقدما على سائر الوصايا فإن زاد الثلث على مقدار قيمته فعلى الورثة أن يدفعوا إليه فإن كانت قيمته أكثر فعليه أن يسعى في الفضل والله سبحانه وتعالى أعلم

ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن إزالتها فإن كان لم تجز الوصية له لأن الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له فلا تفيد الوصية

وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى بثلث ماله لرجل من الناس أنه لا يصح بلا خلاف

ولو أوصى لأحد هذين الرجلين لا يصح في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يصح غير أن عند أبي يوسف رحمه الله الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد رحمه الله الخيار إلى الوارث يعطي أيهما شاء

وجه قول محمد إن الإيجاب وقع صحيحا لأن أحدهما وإن كان مجهولا ولكن هذه جهالة تمكن إزالتها ألا ترى إن الموصي لو عين أحدهما حال حياته لتعين

ثم إن محمدا يقول لما مات عجز عن التعيين بنفسه فيقوم وارثه مقامه في التعيين وأبو يوسف يقول لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان أن العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه

---

(١) بدائع الصنائع، ١١١/٧

كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية

ولأبي حنيفة أن الوصية تمليك عند الموت فتستدعي كون الموصى له معلوما عند الموت والموصى له عند الموت مجهول فلم تصح الوصية من الأصل كما لو أوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشيوع ولا يقام الوارث مقام الموصي في البيان لأن ذلك حكم الإيجاب الصحيح ولم يصح إلا أن الموصي لو بين الوصية في أحدهما حال حياته صحت لأن البيان إنشاء الوصية لأحدهما فكان وصية مستأنفة لأحدهما عينا وإنها صحيحة

ولو كان له عبدان فأوصى بأرفعهما لرجل وبأخسهما لآخر ثم مات الموصي ثم مات أحد العبدين ولا يدري أيهما هو فالوصية بطلت في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله اجتمعا على أخذ الباقي أو لم يجتمعا

وقال أبو يوسف رحمه الله إن اجتمعا على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وإن لم يجتمعا على أخذه فلا شيء لهما

وروي عن أبي يوسف أنه بينهما نصفان اجتمعا أو لم يجتمعا

وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون أنها باطلة إذا لم يكن في اللفظ ما ينبيء عن الحاجة وإن كان فيه ما ينبيء عن الحاجة فالوصية جائزة لأنهم إذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تمليكا منهم وهم مجهولون والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن إزالتها لا يصح

ثم اختلف في تفسير الإحصاء قال أبو يوسف إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون وقال محمد إن كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل إن كانوا بحيث لا يحصيهم محص حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت فهم لا يحصون

وقيل يفوض إلى رأي القاضي وإن كان في اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصيته بالصدقة وهي إخراج المال إلى الله سبحانه وتعالى

والله سبحانه وتعالى واحد معلوم فصحت

". (١)

"-----

ولو هلكت واحدة منها قبل الحول، ثم تم الحول والمسنة في يد الساعي على حالها، فإن المصدق يمسك من المسنة قدر تبيع أو تبيعة ويرد الفضل قياسا واستحسانا؛ لأن المعجل إنما يصير زكاة عما لزمه، والذي لزمه قدر تبيع أو تبيعه؛ لأنا وإن جعلنا المعجل باقيا على ملكه، ثم تم الحول ونصابه ناقص عن أربعين، فإن أراد المتصدق أن يرد المسنة ويأخذ تبيعا، وأبى المالك ذلك وأراد المالك أن يسترد المسنة، ويرد التبيع وأبى المصدق ذلك، فليس لواحد منهما ذلك إلا برضا الآخر؛ لأن التعجيل قد صح بتراضيهما فلا يصح النقض إلا بتراضيهما، فإن تم الحول وعند صاحب البقر ستون

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٤٢/٧

أخذت تلك المسنة ويأخذ الساعي من صاحب البقر تام قيمة تبيعين أو تبيعتين؛ لأنه تم الحول وقد لزمه تبيعان.

فإن قال صاحب البقر للساعي: رد علي المسنة حتى أعطيك التبيعين، أو قال الساعي: أرد عليك المسنة وآخذ منك تبيعين، فليس لواحد منهما ذلك إلا برضا الآخر.

قال: ولو حال الحول وعنده أربعون من البقر فعدها المصدق وأخذ منها بقرة مسنة، ثم أعاد المصدق عدها فوجدها سبعة وثلاثين مع البقر التي أخذها المصدق وقد اتفقا على الخطأ في العدد، فلصاحب البقر أن يسترد المسنة ويعطيه تبيعا وإن أبى الساعي ذلك. وكذلك للساعي أن يرد المسنة ويأخذ التبيع بخلاف مسألة التعجيل.

والفرق: أن التسليم والأخذ في هذه الصورة كان بناء على تمام النصاب، وكان **التراضي** ثابتا بهذا الشرط، فإذا فات الشرط فات **التراضي**، فثبت لكل واحد منهما الخيار، أما في مسألة تعجيل التسليم والتسلم كان مع كمال العدد، ويحتمل تمام النصاب في آخر الحول ويحتمل ضده، وكان **التراضي** ثابتا مطلقا، فلا ينفرد أحدها بالنقض.." (١)

-----"

وقليل الرضاع وكثيره في إثبات التحريم سواء؛ لأن المنصوص عليه فعل الإرضاع دون العدد، قال الله تعالى: ﴿وأمهتكم اللاتى أرضعنكم﴾ (النساء: ٢٣) ولمدة الرضاع ثلاثة أوقات: أدنى وأوسط وأقصى.

فالأدنى: حول ونصف، والأوسط: حولان، والأقصى: حولان ونصف، حتى لو نقص عن الحولين لا يكون شططا، ولو زاد على الحولين لا يكون تعديا. والوسط هو حولان فلو كان الولد يستغني عنها دون الحولين ففطمه في حول ونصف يحل ولا تأثم بالإجماع، ولو لم يستغن عنها بحولين فلها أن ترضعه بعد ذلك ولا تأثم عند عامة العلماء، خلافا لخلف بن أيوب رحمه الله.

وإنما الكلام في ثبوت الحرمة: بالرضاع وفي استحقاق الأجر، فأما الكلام في ثبوت الحرمة، قال أبو حنيفة رحمه الله: يثبت بحكم الرضاع في الصغير إلى ثلاثين شهرا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إلى سنتين.

حجتهما: قوله تعالى: ﴿والولدت يرضعن أولدهن حولين كاملين لم ن أراد أن يتم الرضاعة﴾ (البقرة: ٢٣٣) وقال عليه السلام: «لا رضاع بعد الحولين» ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى: ﴿فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما﴾ (البقرة: ٣٣) اعتبر **التراضي** والتشاور.

في الفصال بعد الحولين ورفع الجناح عن الفصال بعد الحولين **بالتراضي** والتشاور فهذا دليل على أن ما بعد الحولين مدة الرضاع، ولأن الرضاع يتعلق باللبن في حق الصغير؛ لأنه سبب للنشوء والزيادة وهو الغذاء الأصلي في حقه، والغذاء لا يتغير إلا بعد زمان فلا بد من اعتبار مدة بعد ذلك حتى يتغير به الغذاء، فقدر أبو حنيفة رحمه الله تلك المدة بستة

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٧٨/٢

أشهر لأنها مدة تغير الغذاء، فإن الولد يبقى في النظر ستة أشهر ويتغذى بغذاء الأم، ثم ينفصل ويصير أصلا في الغذاء، فإنما قدر المدة بستة أشهر لهذا.." (١)

"_____

فعلى قول محمد رحمه الله يحكم مهر المثل، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: القول قول ورثة الزوج إلا (أن) يأتوا بما هو مستنكر جدا، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فهو المثل لا يبقى بعد موتهما على أحد الطريقين مطلقا، وعلى أحد الطريقين إذا تقادم العهد فيكون القول (١٢٠٨أ) قول ورثة الزوج إلا أن يقوم لورثة المرأة بينة على ما ادعوا. قال الكرخي رحمه الله في «مختصره»: لو ادعى الزوج أن المهر هذا العبد، وقالت المرأة: هذه الجارية فالكلام فيه كالكلام في الألف والألفين إلا في فصل واحد؛ أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية، لأن بملك الجارية لا يكون إلا **بالتراضي**، وإذا لم يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت القيمة.

وعلى هذا: إذا قال الزوج: تزوجتك على عبدي الأسود هذا وقيمته ألف، وقالت المرأة: تزوجتني على عبدك الأبيض هذا وقيمته ألفي درهم فهو نظي ر الاختلاف في الألف والألفين إلا في فصل واحد؛ أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الأبيض أو أكثر فلها قيمة الأبيض لما قلنا في فصل العبد والجارية.

ولو اختلفا في طعام بعينه فقال الزوج: تزوجتك على هذا الطعام بشرط أنه كر، وقالت المرأة: لا بشرط أنه كرين فهو مثل الاختلاف في الألف والألفين. والأصل في جنس هذه المسائل: أن الزوجان إذا اتفقا على تسمية شيء بعينه في النكاح واختلفا في مقداره أنه كان شيئا لا يضره التبعيض كالمكيل والموزون يحكم فيه مهر المثل، فيتحالفان إذا كان مهر المثل بين الدعوتين.." (٢)

"_____

فوجه قول أبي يوسف رحمه الله: أن الزوج لما بنى بها فقد وجد التسليم، والمانع أداء الفرض وهي مضطرة في ذلك بخلاف ما لو لم يبنى بها لأن هناك لم يوجد التسليم أصلا.

وجه قول محمد رحمه الله: أن منفعة الاحتباس فات لمعنى من جهة المرأة فتوجب سقوط النفقة لما قلنا قبل هذا بخلاف ما لو صلت أو صامت عن رمضان فرفع على قول أبي يوسف رحمه الله فقال: تفرض لها نفقة الإقامة دون السفر بعين تعتبر ما كان قيمته للطعام في الحصر لا ما كان قيمة له في السفر لأن هذه الزيادة لحقها بأداء منفعة تحصل لها فلا يكون ذلك على الزوج أن يكتري لها؛ لأن هذا ليس من... كالمريضة لا تستحق المداواة على الزوج وليس على الزوج أن يكتري لها لأن هذا ليس من نفقة الحضر فيكون في مالها، ولو أقامت هناك مدة لا يحتاج إليها بطلت نفقتها لأنها غير مضطرة في ذلك فصارت كالناشزة، ولو طلبت من الزوج نفقة مدة الذهاب والمجيء لم يكن لها ذلك، ولكن يعطيها نفقة شهر، لأن الواجب لها نفقة الإقامة دون السفر، ونفقة الإقامة تفرض لها شهرا فشهرا.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٧٧/٣

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٣٢/٣

ثم قال: فإذا عادت أخذت ما بقي، هكذا ذكر في «القدوري» وفيه نظر، فإن نفقة الزوجات لا تصير دينا إلا بالقضاء أو **بالتراضي** كل ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.." (١)

-----"

وإنا نقول: بأن النفقة عوض في وجه صلة من وجه؛ لأن النفقة بأداء الاحتباس، وفي الاحتباس: إن كان حق الزوج من حيث الاستمتاع وقضاء الشهوة منها وإصلاح أمر المعيشة ففيه حق التبرع من حيث يحصل الولد وصيانة كل واحد منهما عن الزنا من حيث إن الاحتباس حق الزوج إن أمكن جعل النفقة عوضا عنه، فمن حيث إنه حق الشرع...... حق الشرع ملحقة على كل إنسان لا يصلح أن يكون عوضا عنه، فكان عوضا من وجه صلة من وجه، فمن حيث إنها صلة لا تصير دينا عن غير قضاء ولا رضاء، كنفقة الأقارب، ومن حيث إنها عوض تصير دينا إذا وجد القضاء أو **التراضي** عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

وكذلك لو استدانت المرأة على زوجها نفقة مثلها قبل فرض القاضي وقبل **التراضي** منهما على شيء فإنها لا ترجع بذلك على الزوج؛ لأنها لو رجعت إما أن ترجع بحكم أنها صارت مستدينة على الزوج، ولا وجه إلى ذلك؛ لأنه ليس لها ولاية إيجاب الدين على الزوج. وإما أن ترجع بحكم أن نفقتها صارت دينا في ذمته، ولا وجه إليه أيضا؛ لما ذكرنا أن نفقة الزوجة لا تصير دينا إلا بقضاء القاضي أو **التراضي** ولم يوجد شيء من تلك النفقة في الطلاق. وإن هذا الجواب قول أبي حنيفة الآخر رحمه الله، وأما على قوله الأول: كان لها أن ترجع بنفقة مثلها على الزوج، فكان على قول أبي حنيفة الأول رحمه الله نفقة الزوجة تصير دينا على الزوج قبل قضاء القاضي وقبل **التراضي** منهما، كما هو قول الشافعي رحمه الله.." (٢)

-----"

قال: فإن احتاج الوقف إلى العمارة في مسألتنا فلأن الذي شرط له الغلة ما عاش إما للأول، وأما الثاني إلى العمارة فإنه لا يجبر على العمارة لأن في العمارة إتلاف ماله ولكن لو أجر هذا الوقف من غيره بقدر ما ينفق من غلتها في العمارة، فإذا حصلت العمارة تصرف الغلة إليه وهذا لأنه لابد من العمارة كما مر، ويقدر خبرة هذا الرجل على العمارة، فحصلت العمارة في الغلة كما في باب الفقراء، وهذا الذي ذكرنا أنه لو أجر الدار من ماله وأبى البعض قال: من أراد العمارة عمر بحصته ومن أخر حصته وصرفت غلته إلى العمارة إلى أن يحصل العمارة ثم يعاد إليه، ويعتبر لكل بعض حكم نفسه فإن كان الواقف حين شرط الغلة لفلان ماعاش بشرطه على فلان مرمتها وإصلاحها فيها كأن لا بد لها منه فالوقف جائز مع هذا الشرط لأن هذا الشرط يقتضيه مطلق العقد، وإنما أورد المسألة بهذا الشرط لنوع أشكال أنه لما شرط له السكنى وشرط عليه المرمة كان بمنزلة الإجارة والأجرة مجهولة فينبغي أن يفسد، والجواب أن مع اشتراط المرمة عليه لا يصير

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٧١/٤

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٠٠/٤

إجارة؛ لأن المرمة لا تصير مستحقة عليه بالشرط، فصار وجود هذا الشرط والعدم بمنزلة، فإن خربت الدار الموقوفة ورمها الذي شرط له السكنى من ماله ثم مات فالبناء (٨ب٣) ميراث لورثته (فيقال لهم) ارفعوا بناءكم، فإن رفعوه... له أن ملكوه الوقوف عليه بعد ذلك بالقيمة جاز بتراضيهم؛ لأن تمليك مال بمال **بالتراضي**، وإن أبى أحد الفريقين ذلك لا يجبر عليه؛ لأن الإنسان لا يجبر على البيع والشراء. ونظيره: من غصب ساحة وبنى عليها ثم مات وهناك الجواب كما قلنا فكذا في الوقف، فإن كان المشروط له السكنى أدار حيطان الدار الموقوفة بالآجر وجصصها أو أدخل فيها..... ثم مات ولا يمكن نزع شيء من ذلك إلا بضرر بالبناء، فليس لورثته أخذ شيء من ذلك صيانة لبناء الدار الموقوفة، ولكن يقال للمشروط له ال سكنى بعده اضمن لورثة الميت قيمة البناء ولك السكنى، فإن أبى." (١)

"-----

ولهذا شرطنا **التراضي** منهما على المقاصة وإن كان في سائر الديون يقع المقاصة بدون **التراضي**؛ لأن هذا تحويل العقد إلى ذلك الدين والعقد قديم بهما، فالتصرف فيه بالتحويل لا يكون إلا بتراضيهما، وأما المقاصة بدين وجب بالشراء بعد عقد الصرف بأن اشترى رجل من رجل دراهم بدينار ونقد الدينار ولم يقبض الدراهم حتى اشترى مشتري الدراهم من بائع الدراهم ثوبا بدراهم، فقال بائع الدراهم: اجعل الدراهم التي عليك بالدراهم التي لك علي بعقد الصرف، وتراضيا عليه؛ ذكر في رواية أبي سليمان أنه يجوز، وإليه أشار في «الزيادات». وذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يجوز وهو الأصح.

وجه ذلك: أنهما يملكان تحويل العقد إلى ما كان يصح منهما إضافة العقد إليه في الابتداء، وذلك في الدين (الذي) سبق وجوبه على عقد الصرف لا في الدين الذي تأخر وجوبه عن عقد الصرف.

قال محمد رحمه في «الجامع»: وإذا بيعت الدراهم المغ شوشة بالفضة الخالصة فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: أن تكون الفضة فيها مغلوبة بأن كان ثلثا هذه الدراهم صفرا وثلثها فضة فبيع بعض هذه الدراهم بالفضة الخالصة وزنا بوزن، فإن كان وزن الفضة الخالصة مثل وزن هذه الدراهم المغشوشة يجوز؛ لأن قدر ما في الدراهم المخلوطة من الفضة يقابله من الفضة الخالصة مثل وزنه، والباقي من الفضة الخالصة بإزاء الصفر الذي في الدراهم، فيقع الأمن عن الربا. وإن كانت الفضة الخالصة مثل وزن ما في الدراهم المخلوطة من الفضة كان باطلا؛ لأن الصفر لا يقابله شيء من هذه الصفرة فيكون ربا، وكذلك إن كانت الفضة الخالصة أقل وزنا من الفضة التي في الدراهم لا يجوز من الطريق الأولى.." (٢)

"-----

ألا ترى أنه يمكن للمشتري أخذ المشار إليه من غير رجوع إلى شيء، ولا يمكن للبائع أخذ جميع الثمن ههنا إلا بعد الرجوع إلى عد الأغنام، وكذا إذا أشار الحجر لأن الحجر معيار للدراهم؛ لأنها يوزن به فصارت الإشارة إلى معيارها

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧٤١/٥

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣١٢/٦

كالإشارة إليها، وهاهنا لم وجد الإشارة الى جملة الثمن، ولا الى معيار؛ لأن القطيع ليس معيارا للثمن؛ لأنه لا يوزن به، ولم يوجد تسمية جملة الثمن، فبقي جملة الثمن مجهولة إلا أن هذه جهالة يتوهم زوالها بعد الأغنام، فقلنا بفساد العقد للحال و.... علم عدد الأغنام في المجلس فأثبتنا الخيار للمشتري؛ لأن الثمن كان مجهول القدر عنده، وإنما صار معلوما بعد الأغنام، فيخير كما لوكان المبيع مجهول الوصف، وزالت الجهالة بالرؤية، ويسمى هذا خيار بكشف الحال لو رضي به المشتري، فليس للبائع أن يأبى، ثم شرط في «الكتاب» بجواز هذا العقد إن علم عدد الأغنام في المجلس؛ لأن ساع ات المجلس لها حكم ساعة واحدة في حق العقد، فصار كأنها إنشاء العقد في الحال، فكان طريق تجويز العقد طريق رافع للفساد، فأما ساعات بعد الافتراق عن المجلس مع ساعات المجلس ليس لها حكم ساعة واحدة ليجعل كأنها إنشاء العقد، فكان طريق تجويز العقد طريق رفع الفساد، ورفع الفساد إنما يجوز في موضع كان الفساد بسبب شرط في العقد كأجل مجهول، أو خيار يزيد على الثلاث لا في موضع الفساد في صلب العقد، والفساد ههنا في صلب العقد.

وبعض مشايخنا قالوا: إن عند أبي حنيفة إذا علم عدد الأغنام في المجلس، أو بعد الافتراق عن المجلس ينقلب العقد جائزا على كل حال، وهذا القائل يقول: ذكر المجلس في الباب وقع اتفاقا.
وقال شمس الأئمة الحلواني: الأصح عندي أن على قول أبي حنيفة، وإن علم عدد الأغنام في المجلس ينقلب العقد جائزا، ولكن إن كان البائع دائما على رضاه ورضي به المشتري ينعقد بينهما عقد مبتدأ بالتر ا ضي.." (١)
-----"

ولو قبض المشتري أو باعه قبل العلم، أو مات المشتري، فالعتق والبيع جائز وعليه القيمة، أما جواز العتق والبيع فلحصولهما في ملك المعتق والبائع، أما وجوب القيمة فلتقرر الفساد، وبإزالة العتق عن ملكه قبل العلم بالثمن، ولو أعتق بعدما علم برأس المال، فعليه الثمن؛ لأن الجهالة زالت، فزال الفساد إلا أن المشتري كان له الخيار، وقد يسقط خياره بالإعتاق فلزمه الثمن.
ولو كان عتق عليه بحكم القرابة، ولم يكن علم بالثمن حتى قبضه، فعليه القيمة؛ لأنه لا فرق بين الإعتاق والعتق عليه فيما يرجع إلى فوات المحل فيقرر الفساد.
وفي «الأصل»: إذا قال: أخذت هذا منك بمثل ما يبيع الناس فهو فاسد، ولو قال بمثل ما أخذ به فلان من الثمن، فإن علما مقدار ذلك وقت العقد فالبيع جائز، وإن لم يعلما فالعقد فاسد، فإن علما بعد ذلك إن علما وهما في المجلس ينقلب العقد جائزا، أو يتخير المشتري؛ لأن ما يلزم ال مشتري من الثمن إنما يظهر للحال وهذا خيار يكشف حاله.
وقد مر نظير هذا فيما تقدم، وإذا اشترى شيئا برقمه، فالعقد فاسد، فإن علم بعد ذلك إن علم في المجلس جاز العقد، وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني يقول: وإن علم بالرقم في المجلس ينقلب ذلك العقد جائزا، ولكن إن

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٧٦/٦

كان البائع على ذلك الرضا ورضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء **بالتراضي**.
وفي «نوادر بشر»: عن أبي يوسف: رجل له على رجل عشرة دراهم، فقال لمن عليه العشرة: بعني هذا الثوب ببعض العشرة وبعني هذا الآخر بما بقي، فقال: نعم قد بعتك، فهو جائز، وإن قال: هذا ببعض العشرة قال: لا يجوز.
وقيل: ينبغي أن لا يجوز في الوجهين؛ لأن ثمن كل واحد منهما مجهول، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فإنه إذا وجد بأحدهما عيبا بعد القبض يرد المعيب خاصة ويتنازعان في ثمنه.
". (١)

"-----

والقيمة فيما ليس من ذوات الأمثال، والأصل: أن المقبوض بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة فيما لا مثل له وبالمثل له وبالمثل فيما له مثل؛ لأن المقبوض في العقد الفاسد مضمون بجهة القبض فصار كالمغصوب؛ وهذا لأن الأصل في الضمانات القيمة؛ لأنها هي العدل، وإنما يصار إلى المسمى في موضع صحت التسمية تحرزا عن المنازعة والتسمية، هنا لم تصح فبقي الضمان الأصلي وهو القيمة.
ثم في كل موضع تعذر على البائع فسخ البيع واسترداد المبيع لمانع، ثم زال ذلك المانع بأن فك المشتري الرهن ورجع في الهبة أو عجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة أو رد المشترى على المشتري بالعيب في المبيع بعد القبض نقصا كان للبائع حق الاسترداد إذا لم يكن القاضي قضى على المشتري بالقيمة؛ لأن المانع زال بسبب هو فسخ من كل وجه في حقهما وفي حق الثالث فصار، كأن هذه العقود لم توجد حتى لو زال المانع بسبب هو عقد جديد في حق الثالث بأن كان الرد بالعيب بعد القبض **بالتراضي** لا يكون للبائع حق الاسترداد، ويجعل في حقه كأن المشتري اشترى ثانيا.

وهذا كله إذا لم يقض القاضي على المشتري بالقيمة، فإن كان قد قضى عليه بالقيمة لا يكون للبائع حق الاسترداد في الوجوه كلها؛ لأن القاضي أبطل حق البائع عن العين ونقله إلى القيمة بسبب أطلق له ذلك فلا يعود حقه إلى العين بعد ذلك، وإن ارتفع السبب كما لو قضى القاضي على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الإباق، ثم عاد العبد من الإباق لا يعود حق المالك إلى العبد كذا ههنا.." (٢)

"-----

إن رد عليه برضاه والعيب مما يحدث مثله يلزم الوكيل باتفاق الروايات، ولا يكون له مخاصمة الموكل، كأن الوكيل اشتراه ثانيا من المشتري، وإن كان عيبا لا يحدث مثله في مدة البيع ذكر في بيوع «الأصل» أنه يلزم الموكل؛ لأنهما فعلا بأنفسهما عين مايفعله القاضي؛ لأن الرد متعين في هذا، فيجعل فعلهما كفعل القاضي، وذكر في عامة الروايات أنه يلزم الوكيل؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض **بالتراضي** عقد جديد في حق الثالث والموكل ثالثهما.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٨٠/٦

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٧٥/٦

وإن كان الرد بقضاء فهو على ثلاثة أوجه: إن كان ببينة قامت على الوكيل لزم الموكل؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة، فيعد الرد على الموكل، وإن كان الرد بنكول الوكيل، فكذلك يكون ردا على الموكل؛ لأن الوكيل مضطر في النكول كما هو مضطر في سماع البينة إذا لم يستبق منه ما يطلق اليمين على انتفاء العيب؛ لأن الإنسان كما يوكل غيره ببيع السليم يوكل ببيع المعيب، فاعتبر نكوله بالبينة، ولكن الوكيل مع الموكل على خصومته، فإن أقام بينة أن هذا العيب كان عند الموكل رده عليه، وإن لم يكن له بينة، فله أن يحلف الموكل فإن نكل رده عليه، وإن حلف لزم الوكيل، وهذا لأن الرد حصل بقضاء القاضي على كره منه، فإن صورة هذه المسألة أن يقر الوكيل بالعيب أولا، ثم يجحد ويأبى القبول حتى يحتاج فيه إلى قضاء القاضي.." (١)

"-----

الأول: أن يكون الرد منه قبل القبض، وفي هذا الوجه للمشتري الأول أن يرده على البائع الأول سواء كان الرد بقضاء أو بغير قضاء (إن كان الرد بقضاء؛ فلأن) الرد قبل القبض فسخ للعقد من الأصل في حق الناس كافة، وإن كان بغير قضاء؛ لأنه تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة (١٠٧/٣أ) فظهر أمره في حق الكل، ولهذا لم يتوقف على قضاء القاضي.

وهذا المعنى يعم العقار والمنقول جميعا.

ومعنى آخر يخص المنقول أن الرد بالعيب قبل القبض لايمكن أن يعتبر بيعا جديدا أصلا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لايجوز، فجعلناه فسخا في حق الكل أصلا، فصار كأنه لم يبع، فعلى هذا التعليل لايرد العقار عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن بيع العقار قبل القبض جائز، فأمكن أن يعتبر بيعا جديدا في حق البائع الأول.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ واختلفت فيه الروايات: أن الرد بالعيب قبل القبض بغير قضاء في العقار هل يع تبر بيعا جديدا في حق الثالث، ذكر في كتاب الشفعة أنه لايعتبر، قال شيخ الاسلام: ماذكر في كتاب الشفعة قول محمد، فإن بيع العقار قبل القبض عنده لايجوز، أما على قول أبي حنيفة يعتبر بيعا جديدا؛ لأن عنده بيع العقار قبل القبض جائز، وبعض مشايخنا قالوا: ماذكر في الشفعة قول الكل فنقابل عند الفتوى.

و(الثاني): إن كان الرد من المشتري الثاني بعد القبض، إن كان الرد برضا المشتري الآخر من غير قضاء، فالمشتري الأول لا يرده على بائعه؛ لأن الرد بالعيب **بالتراضي** فسخ في حق المتعاقدين عملا باللفظ، وعقد جديد في حق الثالث عملا بالمعنى، وهو التمليك والملك **بالتراضي**، والبائع الأول ثالثهما، فصار في حق البائع الأول كأن المشتري الأول اشتراه ثانيا، فلا يكون له حق الخصومة مع بائعه لافي الرد ولا في الرجوع بنقصان العيب.." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٥/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٨/٧

"-----

وجه قول محمد: أنهما كانا باشرا عقدا باختيارهما ثمن سماه، فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعه مساومة وزاد؛ لأن انعقاد السبب الثاني يعتمد **التراضي** منهما، ولا يتم رضا المشتري الأول إذا لم يحجب له جميع الثمن المسمى، إلا أنه دلس على المشتري الثاني، والتدليس ثبت الخيار للمشتري كتدليس العيب.

ولأبي حنيفة رحمه الله في الفرق بين المرابحة والتوليه أن في إثبات الجناية في التولية، يعتبر العقد عن موضوع ما صرحا به؛ لأنهما صرحا بالتولية ومع الجناية هو مرابحة لا يكون معتبرا للعقد؛ لأنهما صرحا بالمرابحة أكثر مما ظنه المشتري، غير أن البائع دلس على المشتري بتسمية بعض الربح رأس المال، والتدليس يثبت الخيار.

ولو هلك المبيع أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الجناية سقط خياره، ولا شيء له في قول أبي حنيفة، وهو المشهور من قول محمد رحمه الله؛ لأنه تعذر الرد بما حدث من الهلاك أو غي ر ه، وتعذر الرد يسقط الخيار كما في خيار الرؤية وخيار الشرط، وروي ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بالثمن، وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن باعه مرابحة بما بقي بعد الحط، وكذلك لو حط عنه بعد ما باع حط ذلك من المشتري الثاني مع حصته من الربح وكان له ولاية حط ذلك عن المشتري الآخر.

ولو زاد المشتري البائع في الثمن زيادة، باعه مرابحة على الأصل والزيادة جميعا، وهذا مذهب علمائنا الثلاث رحمهم الله، بناء على أن الزيادة في الثمن والحط عنه ملتحق بأصل العقد، ويجعل كأن العقد ورد ابتداء على هذا القدر، وقد جرت المسألة من قبل.." (١)

"-----

ولو كان مشتري العبد وهو المسلم إليه رد العبد بعد القبض **بالتراضي** أو تقايلا العقد في العبد والباقي بحاله، فإن الكر الذي هو ثمن لا يصير قصاصا بالسلم في الفصلين جميعا تقاصا أو لم يتقاصا، وإنما كان كذلك؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض **بالتراضي**، والإقالة فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الثالث؛ لأن الصورة صورة الفسخ وهو قولهما فسخا، والمعنى معنى المبادلة، وهو التمليك والتملك **بالتراضي** ولا يمكن اعتبار المعنى والصورة في حق شخص واحد، فاعتبرنا الصورة في حق المتعاقدين، واعتبرنا المعنى في حق الثالث، وحرمة الاستبدال بالمسلم فيه حق الشرع فصار في حرمة حق الاستبدال الذي هو حق الشرع عقدا جديدا، وإذا اعتبرنا على هذا الوجه بقي العقد الأول وثمنه، فبقي الكر مقبوضا بجهة الثمنية، فلا يمكن أن يجعل ذلك القبض استيفاء، لما ذكرنا أن الاستيفاء إنما يكون بقبض عين مضمون هو مثل السلم ل ا بجهة الاقتضاء بدين آخر، وهذا الكر بقي مقبوضا بجهة الثمنية، فلو صار قصاصا كان هذا استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض، وإنه لا يجوز، أو نقول بأن الرد بالعيب بعد القبض **بالتراضي** والإقالة اعتبر كل واحد منهما فسخا في حق المتعاقدين فيما هو من حقوق ذلك العقد اعتبارا للصورة، وفيما ليس من حقوق ذلك العقد اعتبر بيعا

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٢/٧

جديدا اعتبارا للمعنى على ما ذكرنا، وعقد السلم بشيء من حقوق ذلك العقد فيجعل في حق حكم السلم بمنزلة بيع مبتدأ، ولما كان هكذا بقي العقد الأول وثمنه والتقريب ما ذكرنا، ولو كان عقد البيع وقبض الكر قبل عقد السلم والباقي بحاله، فإن الكر الذي هو ثمن العبد لا يصير قصاصا بكر السلم وإن تقاصا؛ لأنه لو صار قصاصا صار دين السلم ايفاء وقضاء الثمن العبد؛ لأنه آخر الدينين وقد ذكرنا أن آخر الدينين يصير قصاصا لأولهما، فيصير آخرهما مقبوضا بدين السلم ولا يصير دين السلم مقبوضا فلا ي جوز.

". (١)

"_____

الفصل التاسع: في الصلح في الصرف

رجل اشترى من رجل عبدا وتقابضا ثم وجد مشتري العبد بالعبد عيبا، وخاصم البائع فيه فأقر البائع بالعيب وجحده وصالح المشتري عن العيب على دنانير فهذا (على) وجهين:

الأول: أن يكون بدل الصلح أقل من حصة العيب من الثمن بأن كان حصة العيب من الثمن عشرة دنانير، ووقع الصلح على أقل من عشرة دنانير وافترقا قبل التقابض فالصلح جائز.

من مشايخنا من قال: ما ذكر من الجواب يستقيم على قولهما، أما على قول أبي حنيفة: ينبغي أن لا يجوز الصلح إذا افترقا قبل التقابض.

وهذا الاختلاف يرجع إلى اختلافهم في المغصوب منه إذا صلح مع الغاصب بعد هلاك المغصوب على أكثر من قيمته على قول أبي حنيفة: يجوز؛ لأن حق المغصوب منه بمجرد الهلاك لا ينتقل عن العين إلى القيمة إلا بقضاء أو رضاء فقبل القضاء والصلح يكون الصلح واقعا عن الجزء الغائب، وإنه دين معنى فيبطل الصلح بالافت ر اق عن المجلس قبل قبض البدل؛ لأن الافتراق يكون عن دين بدين.

وعلى قول أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: صلح المغصوب منه مع الغاصب على أكثر من قيمته لا يجوز؛ لأن عندهما حق المغصوب منه بمجرد الهلاك ينتقل عن العين إلى القيمة فيكون الصلح واقعا عن القيمة، فلا يجوز على أكثر من القيمة لمكان الربا فكذا هاهنا حق المشتري ينتقل عن الجزء الغائب إلى حصة من الثمن، وذلك عشرة دنانير، فيكون الصلح واقعا من حيث المعنى على عشرة دنانير على ثمانية دنانير، ولو كان هكذا حقيقة لا يبطل الصلح بالافتراق قبل قبض بدل الصلح؛ لأن هذا ليس بصرف بل هو استيفاء لبعض الحق وإسقاط لبعض الحق كذا هاهنا.

ومن المشايخ من قال: ما ذكر ههنا قول الكل، وهذا القائل يقول بأن حق المشتري في الجزء الغائب ينتقل إلى حصته من الثمن من غير أن يحتاج فيه إلى قضاء القاضي أو **التراضي**.

وفرق هذا القائل على قول أبي حنيفة رحمه الله م ن هذه المسألة الغصب.." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢١٣/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٨٦/٧

_____"

والفرق: أن في باب الغصب حق المالك كان في عين المغصوب قبل الهلاك لو انتقل إلى القيمة؛ إنما ينتقل بنفس الهلاك وليس من ضرورة الهلاك انتقال الحق إلى القيمة؛ لأن الهلاك على ملكه مقصور بأن أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب، وإذا لم يكن من ضرورة الهلاك إسقاط الحق إلى القيمة يفي حق المغصوب منه في عين العبد، فإنما صالح عن عين المغصوب لا عن قيمته، فيجوز كيف ما وقع الصلح، فأما حق المشتري في الأصل في الثمن لا في المبيع، وإنما انتقل إلى المبيع وأجزأ به بالبيع، فإذا عجز البائع عن تسليم شيء منه قبل القبض عجزا لا يرجى زواله انفسخ البيع وانتقل حقه إلى الثمن.

ألا ترى أنه لو هلك المبيع كله قبل القبض ينتقل حق المشتري إلى جملة الثمن ولا يحتاج فيه إلى القضاء والتراضي، فكذا إذا هلك البعض، وإذا انتقل حق المشتري إلى حصة الجزء الغائب من الثمن، فلا يبطل الافتراق قبل القبض لما قلنا لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

فأما إذا وقع الصلح على أكثر من حصة العين، فإن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها بأن وقع الصلح على اثني عشر دينارا، فعلى قول أبي حنيفة: يجوز الصلح، وعلى قولهما: لا يجوز.

وجه قولهما: أن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن، فإذا كانت حصة العيب من الثمن عشرة، ووقع الصلح على اثني عشر فقد تمكن الربا.

ولأبي حنيفة: أنه إن تعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة لمكان الربا أمكن تصحيحه بطريق أخر بأن يجعل البائع موفيا حصة العيب بتمامه، وذلك عشرة حطا حاطا دينارين عن ثمن الباقي، ولو كان كذلك يصح ما صنع ويجب رد دينارين عن ثمن الباقي إن كان الثمن مقبوضا ويسقط عن المشتري هذا القدر إن لم يكن الثمن مقبوضا كذا هاهنا.." (١)

_____"

ولهذا لم تصح هذه المقاصة إلا بتراضيهما، وإن كان جنس الدين واحدا؛ لأن طريق تصحيح هذه المقاصة فسخ ما عقدا من الصرف المرسل أو يعتبره، وفسخ العقد أو يعتبره لا يصح وجود التراضي منهما بخلاف السلم؛ لأن تصحيح ما قصدا في السلم غير ممكن بالطريق الذي عيناه في الصرف، وهو فسخ السلم المرسل، وإثبات سلم آخر أو يعتبره وتعليق بتلك العشرة، فإنهما لو صرحا بذلك وقالا: فسخنا السلم وحددنا تلك الدين لا يجوز؛ لأن السلم بدين سبق وجوبه لا يجوز. ألا ترى إن قال لغيره: أسلمت إليك العشرة الدين التي لي عليك في كر حنطة لا يجوز، وفي الصرف لو صرحا بذلك لا يجوز؛ لأن الصرف بدين سبق وجوبه وهي المسألة الأولى.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٨٧/٧

الوجه الثاني: وفي هذا الوجه لا يحتاج إلى التعريض لفسخ العقد المرسل ولا لتغييره ولكن يقول: القياس يأبى جواز هذه المقاصة، وإن تقاصا؛ لأنه استبدال وليس باستيفاء على ما مر، ولكن تركنا الق ياس فيه لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فإن فيه أن رسول الله جوز الصرف بدين وجب قبل عقد الصرف، ومتى جاز الصرف بدين واجب عليه قبل عقد الصرف يصير قاضيا ببدل الصرف دينا وجب عليه قبل عقد الصرف علمنا أن قضاء دين وجب قبل عقد الصرف ببدل الصرف جائز.

وإذا جاز هذا في الصرف المضاف إلى الدين فكذ (٣أ١٥٧) في الصرف المرسل إلا أنه لم نجز هذه المقاصة قبل تراضيهما عليها، وإن لم يثبت فسخ ما عقد من الصرف على هذا الوجه؛ لأن جواز هذه المقاصة بحديث عبد الله بن عمر كخلاف القياس، والحديث يقتضي جواز حال وجود الرضا منهما؛ لأن الحديث ورد في الصرف المضاف إلى الدين، والصرف المضاف إلى الدين لا يصح إلا بتراضيهما، فحال عدم **التراضي** يعمل فيه بقضية القياس.." (١)

"_____

قلنا: القضاء بالشفعة قضاء (٣أ١٧٧) بالشراء من وجه قضاء بالملك المرسل من وجه لما ذكرنا أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الاستحقاق من وجه من حيث إن الشفيع يأخذ الدار من غير رضا المشتري بحق سابق والقضاء بالشراء إن كان ينفذ ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة، فالقضاء بالملك المرسل لا ينفذ باطنا، فلا ينفذ القضاء بالشفعة ظاهرا أو باطنا بالشك.

فلهذا قال: يسترد الدار من يد البائع، هذا إذا أخذ الشفيع الدار بقيمة العبد بقضاء القاضي، وإن كان المشتري قد سلم الدار إلى الشفيع بقيمة العبد بقضاء القاضي، وإن كان المشتري قد سلم الدار إلى الشفيع بقيمة العبد بغير قضاء إن كان قد سمى الشفيع قيمة العبد كذا كذا حتى صار الثمن معلوما من كل وجه.

ثم استحق العبد ليس للمشتري على الدار سبيل ويجعل ذلك بيعا مبتدأ لوجود حده وهو التملك والتمليك **بالتراضي**، لما تبين أنه لم يكن له شفعة، ويكون للبائع على الم شتري قيمة الدار؛ لأن باستحقاق العبد تبين أن الشراء وقع فاسدا.

وإذا باع ما اشترى نفذ بيعه ويضمن للبائع قيمة ما اشترى، وإن لم يكن سمى للشفيع قيمة العبد كذا وكذا، ولكن قال سلمت الدار لك بقيمة العبد كان للمشتري أن يسترد الدار من الشفيع.

إذا اشترى دارا بعبد وهلك العبد في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة؛ وهذا لأن بهلاك العبد وإن فسد البيع لما عرف أن هناك أحد البدلين في بيع المقايضة يوجب فساد العقد، إلا أنه إنما فسد البيع بعد وقوعه بوصف الصحة، وإنه لا ينافي حق الشفعة ولو لم يمت العبد حتى أخذ الشفيع الدار بقيمة العبد إن أخذها من البائع لم يبق للبائع على العبد الذي جعله المشتري ثمنا لهذه الدار سبيل؛ لأن يأخذ الشفيع الدار من البائع ينفسخ

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٣٨/٧

شراء المشتري، وإن أخذها من المشتري ثم مات العبد في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري، فالقيمة التي أخذها المشتري من الشفيع تكون للبائع.." (١)

"الفصل السادس عشر: في الشفعة في فسخ البيع والإقالة وما يتصل بذلك

مشتري الدار إذا وجد الدار عيبا بعدما قبضها وردها بالعيب، وكان ذلك بعد ما سلم الشفيع الشفعة فللشفيع أن يأخذها بالشفعة، وإن كان الرد بغير قضاء قاض، فإن الرد بالعيب بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث والشفيع ثالث، فصار في حق الشفيع كأن المشتري باع الدار من البائع، ولو كان الرد بقضاء قاض فليس للشفيع أن يأخذها؛ لأن الرد بقضاء فسخ في حق الكل وليس ببيع جديد أصلا لانعدام حده، والتملك **بالتراضي** وحق الشفيع إنما يثبت في العقد لا في الفسخ، وإذا كان الرد بالعيب قبل قبض الدار، فإن كان بقضاء فلا شفعة للشفيع، وإن كان بغير قضاء، فكذلك عند محمد رحمه الله؛ لأنه تعذر اعتباره بيعا جديدا في حق الشفيع؛ لأن بيع العقار قبل القبض عنده لا يجوز، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فقد اختلف المشايخ بعضهم قالوا: للشفيع الشفعة؛ لأن بيع العقار قبل القبض عندهما جائز، فأمكن أن يجعل هذا الرد بيعا جديدا في حق الشفيع وبعضهم قالوا: لا شفعة للشفيع؛ لأن رضا البائع قبل القبض لا عبرة به؛ لأن للمشتري حق الرد بالعيب قبل القبض وإن لم يرض به البائع؛ لأن الصفقة لم يتم بعد، ولو انعدم الرضا من البائع لا يمكن أن يعتبر بيعا جديدا في حق الشفيع، فكذا إذا لم يعتبر رضاه.

كما لو سلم المشتري الدار إلى الشفيع باختياره ورضاه لا يعتبر ذلك بيعا جديدا في حق الثالث، حتى لو كان لهذه الدار شفيع آخر وقد سلم الشفعة لا يتجدد له شفعة أخرى بهذا التسليم؛ لأن للشفيع أن يأخذ منه بغير رضاه، فلم يكن لرضاه عبرة كذا هاهنا.

وإن كان المشتري رد الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط لا يتجدد للشفيع حق الشفعة حصل الرد قبل القبض أو بعد القبض، بتراضيهما أو بغير تراضيهما؛ لأن الرد بهذه الأسباب فسخ من كل وجه في حق الناس كافة.." (٢)

-----"

وإن اشترى الرجل دارا أو أرضا فسلم الشفيع الشفعة، ثم إن البائع والمشتري تصادقا أن البيع كان تلجئة ورد المشتري على البائع لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، وكان ينبغي أن يتجدد؛ لأن إقرارهما بالتجلئة لا يعتبر في حق الشفيع.

ألا ترى أنهما لو أقرا بذلك قبل تسليم الشفعة لا يعتبر إقرارهما في حق الشفيع حتى كان للشفيع أن يأخذ الدار كذا هاهنا.

وإذا لم يعتبر إقرارهما لم تثبت التلجئة في حق الشفيع فكان الرد بسبب التلجئة فسخا للعقد في حقه لا ردا بالتلجئة

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥٨٠/٧

(٢) المحيط ال برهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥٨٢/٧

والفسخ متى حصل **بالتراضي** يتجدد للشفيع حق الشفعة، والجواب إنما لم يعمل إقرارهما بالتلجئة في حق الشفيع قبل تسليم الشفعة؛ لأن البيع الصحيح ظاهر أو ثبت للشفيع حق الشفعة، فهما بهذا الإقرار يريدان إبطال حقه؛ فأما بعد تسليم الشفعة لم يبق للشفيع (١٧٧ب٣) حق أصلا، فإقرارهما لا يتضمن بطلان حقه فتثبت التلجئة بإقراره، فكان الرد بسبب التلجئة فلا يتجدد به حق الشفعة.1

في «المنتقى»: رجل اشترى دارا وقبضها وسلم الشفيع الشفعة، ثم إن المشتري قال: إنما كنت اشتريتها لفلان، وقال الشفيع بل اشتريتها لنفسك، وهذا منك بيع مستقبل وأنا آخذها بالشفعة بهذا البيع، فالقول قول الشفيع، وإن كان فلانا غائبا لم يكن للشفيع أن يأخذ الدار حتى يقدم الغائب من قبل أن الشفيع يدعي أن هذا باع الدار من الغائب، وليس للشفيع أن يأخذ الدار من البائع حال غيبة المشتري.

وإن قال المشتري: أنا أقيم البينة أن فلانا كان أمرني بذلك، وإني إنما اشتريتها له لم يقبل بينته على ذلك حتى يحضر فلان.

ومما يتصل بهذا الفصل

إذا انفسخ العقد فيما بين البائع والمشتري بسبب هو فسخ من كل وجه لا يبطل حق الشفيع؛ لأن حق الشفعة يعتمد وجود البيع لا بقاؤه والله أعلم بالصواب.

". (١)

-----"

الثاني: أن يكون الكل في دور مختلفة، ولكن تراضوا على ذلك إلا أنهم طلبوا المعادلة من القاضي فيما بينهم، وعند أبي حنيفة تجوز القسمة حالة **التراضي** من الشركاء. وإذا كانت الدور من قوم ميراث، فإن أراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة وأبى الآخر، قال أبو حنيفة رحمه الله: القاضي لا يجمع نصيب كل واحد منهم في دار على حدة، بل يقسم كل دار بينهم على حدة إلا أن يتراضوا على ذلك، سواء كانت الدار متلازقة أو متفرقة، وسواء كانت الدور في محلة واحدة أو محلتين، في مصر واحد أو في مصرين.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كانت الدور في مصر واحد، فالرأي في ذلك إلى القاضي، إن رأى الصلاح في أن يجمع نصيب كل واحد منهم في دار على حدة، بأن رأى ذلك أعدل للقسمة فعل ذلك، وإن رأى الصلاح في قسمة كل دار على حدة فعل ذلك.

وأما إذا كانا في مصرين، روى هلال الرازي عن أبي يوسف رحمه الله: أن القاضي يقسم كل دار على حدة، ولا رأي له

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥٨٣/٧

في ذلك. قال القدوي رحمه الله: لو كانت إحدى الدارين بالرقة والأخرى بالبصرة، قسمت أحدهما في الأخرى، وبعض مشايخنا رحمهم الله ذكروا قول محمد مع أبي يوسف فيما إذا كانت الدور في مصرين متفرقين.

لأبي حنيفة أن الدور أجناس مختلفة باعتبار المعنى وهو المنفعة وإن كانت في مصر واحد؛ لأن بعضها يصلح للخزانة وبعضها لا يصلح، ولاختلاف المعاني أن في اختلاف المجانسة، كما في الهروي مع المروي.

ولهذا لو وكله بشراء دين في مصر بعينه ولم يبين الثمن لا يجوز، وذكر الحاكم في «المختصر» أنه وإن بين الثمن لا يجوز ما لم يبين المحلة، والأجناس المختلفة لا تقسم قسمه واحدة إلا باصطلاح الشركاء على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.." (١)

"_____

ولأبي يوسف ومحمد: أن الدور في مصر واحد جنس واحد باعتبار الاسم والمكان، فإن الاسم واحد والمكان كذلك، فصارت كالثياب الهروية والمروية، فإنها اعتبرت جنسا واحدا لاتحاد الاسم والمكان، أجناسا مختلفة باعتبار المعنى على ما قال أبو حنيفة رواية، فيفوض الأمر إلى رأي القاضي، فإن شاء مال إلى جنس واحد وقسمها قسمة واحدة، وإن شاء مال إلى الأجناس المختلفة وقسم كل واحدة قسمة على حدة، بخلاف ما إذا كانا في مصرين مختلفين لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المكان، ألا ترى أن المروي مع الهروي اعتبرا جنسين مختلفين لاختلاف المكان.

ومن المشايخ قال: معنى قول أبي حنيفة رحمه الله: العقار لا يقسمه القاضي قسمة جمع، أن الأولى أن لا يفعل القاضي ذلك، وإن لم يفعل الأولى جاز.

وأما المنازل فإن كانت في دور متفرقة أو في دار واحدة وهي متباينة، فالجواب فيها عندهم جميعا كالجواب في الدور، وإن كانت في دار واحدة فهي متباينة، فعندهم جميعا تقسم قسمة واحدة.

وأما البيوت فإن كانت في دار واحدة فإنها تقسم قسمة واحدة، سواء كانت متلازقة أو متفرقة، وإن كانت في دور مختلفة فعلى الاختلاف الذي ذكرنا في الدور، وفي كل ما ذكرنا من الدور والمنازل والبيوت لا تقسم قسمة جمع، فتأويله إذا لم يكن معها شيء هو محل القسمة الجمع، أما إذا كان معها شيء هو محل القسمة الجمع يقسم الكل قسمة جمع، ويجعل ذلك الشيء أصلا في القسمة والدور والمنازل والبيوت تبعا، وسيأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإذا كان في التركة دار أو حانوت والورثة كلهم كبار وتراضوا أن تدفع الدار أو الحانوت إلى واحد منهم من جميع نصيبه من التركة جاز؛ لأن عند أبي حنيفة إنما لا يجمع نصيب واحد منهم من الورثة بطريق الحصر من القاضي، فأما عند التراضي فذلك جائز.." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦١٤/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦١٥/٧

"-----

فإن قيل: ينبغي أن يصرف حب هذا إلى بين ذلك، وبين ذلك إلى حب هذا احتيالا للجواز، كما لو اشترى قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وقفيزي شعير، فإنه يصرف حنطة هذا الجانب إلى شعير ذلك الجانب، وشعير هذا الجانب إلى حنطة ذلك الجانب إحتيالا للجواز، والجواب من وجهين:

أحدهما: أن موضوع هذه المسألة أنهما طلبا القسمة من القاضي، ومتى كانت القسمة من القاضي لا يمكن صرف الجنس فيها إلى خلاف الجنس، لأنها تكون مبايعة، وإلى القاضي القسمة عند طلب بعض الشركاء لا البيع. فعلى قول هذا التعليل لو حصلت القسمة **بالتراضي** يجوز؛ لأن لهما القسمة والمبايعة، فمتى تعذر وتجويزها مقاسمة تجوز مبايعة.

الوجه الثاني: أنه إنما يصرف الجنس إلى خلاف الجنس إذا كان الجنس الآخر محلا للبيع يجوز إفراد العقد عليه بانفراده، كما في الحنطة مع الشعير أما (٣ب٤) إذا لم يكن الجنس الآخر محلا للبيع فإنه لا يصرف الج نس إلى خلاف الجنس.

ألا ترى أنه لو باع قفيز تمر بقفيزي تمر لا يجوز، ولا يصرف جنس هذا إلى نوى ذلك؛ لأن النوى بانفراده ليس بمحل البيع لو باعه لا يجوز.

إذا ثبت هذا فنقول: الحنطة في سنبلها إن كانت محلا للبيع فتبنها ليس بمحل للبيع، ألا ترى أنه لا يجوز بيعه، فلا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، فعلى قول هذا التعليل وإن اقتسما بتراضيهما لا يجوز.

وأما إذا كان الزرع بقلا فإنما لا يقسم القاضي إذا كانت القسمة بشرط الترك؛ لأنه إذا قسم بشرط الترك فقد شرط في القسمة إعارة الأرض، وإنه شرط فاسد، والقسمة لا تصح مع الشرط الفاسد.." (١)

"-----

والثاني: أنه يؤدي إلى مالا يتناهى؛ لأنه يمكنه أن يدعي مثل ذلك في القسمة الثانية والثالثة، والذي يصح أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم بغبن فاحش، بأن كان ما يدعى من مقدار الغلط لا يدخل تحت تقويم المقومين، وإنه صحيح إن حصلت القسمة بقضاء القاضي؛ لأنا لو سمعنا هذه الدعوى ونقصنا هذه القسمة لا يؤدي إلى ما لا يتناهى؛ لأنه لا يقع مثل هذا الغبن في القسمة الثانية؛ لأنه يتصور التقويم في المرة الثانية على وجه لا يتحقق فيها الغبن الفاحش، وإن حصلت القسمة **بالتراضي** لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الكتاب».

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله: أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن في البيع من المالك لا يصح؛ لأنه لا فائدة فيه، فإن البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش.

أما البيع من غير المالك ينقض بالغبـن الفاحش كبيع الأب والوصي، ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٢٦/٧

شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتقاربة يكون من حيث القيمة، فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش فما هو شرط جواز القسمة، فاسد فيجب نقضها فكان الدعوى مفيدا من هذا الوجه فيصح.

والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله، كان يأخذ بالقول الأول، وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني، وذكر القاضي الإمام الإسبيجابي في «شرح أدب القاضي» : أن دعوى الغبن بعد القسمة غير صحيح إذا كانت القسمة **بالتراضي**، قال: وبعض المشايخ قالوا: تسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي، وذكر في شرح الإسبيجابي دقيقة في هذا الفصل، فقال: وهذا كله إذا لم يقر كل واحد منهما بالاستيفاء، فأما إذا أقر بذلك لا تسمع دعوى الغلط والغبن من واحد منهما بعد ذلك، إنما تسمع دعوى الغصب.

وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان أيضا: نوع يوجب ال تحالف، ونوع لا يوجب التحالف.

". (١)

"-----

وأما في الدارين إذا تهايئا على أن يسكن أحدهما هذه الدار، والآخر الدار الأخرى، ويؤاجر كل واحد منهما ما في يده، فهذه القسمة جائزة سواء كانا في مصر واحد أو في مصرين، لأن قسمة العين على هذا الوجه **بالتراضي** جائزة فكذا قسمة المنفعة، ولو طلب أحدهما المهايأة من القاضي بهذه الصفة وأبى الآخر فالقاضي لا يجبر الآبى عليها عند أبي حنيفة.

هكذا ذكره الكرخي في «كتابه» وإليه مال شيخ الإسلام؛ لأن قسمة الجبر لا تجري في غير الدور بهذه الصفة عند أبي حنيفة، فكذا المهايأة.

وذكر شمس الأئمة الحلواني، وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله: أن القاضي يجبر الآبي على هذه القسمة عند أبي حنيفة أيضا، بخلاف قسمة العين على قوله.

والفرق: أن القسمة في المهايأة تلافي المنفعة دون العين، ومنفعة السكنى تتفاوت، ولا تتفاوت إلا يسيرا فكانت المهايأة إقرارا لا مبادلة فجاز أن يجري الجبر عليها، بخلاف قسمة العين، فالقسمة هناك ملاقي العين والمالية والدور في المالية تختلف، فكانت القسمة مبادلة فلا يجري الجبر عليها.

". (٢)

"قال: والنوع الآخر والنوعان في هذا سواء إلا أنه في النوع الواحد أفحش وأقبح يريد بهذا أنه لو حمله طعاما أو زيتا، فقال الحمال: هذا طعامك بعينه، وقال رب الطعام: كان طعامي أجود من هذا فإن يفحش أن يكون القول قول رب الطعام ويبطل الأجر ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الأجر إذا كان قد حمله، فأما إذا كانا نوعين

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٧٥/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٨٥/٧

مختلفين بأن جاء به شعيرا، وقال رب الطعام: كان طعامي حنطة لم يجب له الأجر حتى يصدقه؛ لأنه إذا اتحد الجنس فرب الطعام يملك أن يأخذه عوضا عن طعامه؛ لأن الحمال قد بدل ذلك فإذا حصل له العوض سلمت له المنفعة، فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر إلا **بالتراضي** والبيع مما لم يصدقه لا يستحق عليه الأجرة.." (١)

-----"

قال: ولو كان للثاني على الرجل المستقرض دينار أو أجر البيت عشرة دراهم كل شهر، فمضى شهر ثم أمر رب البيت الثاني أن يدفع أجر هذين الشهرين إلى هذا الرجل قرضا عليه، ورضى الرجل بذلك فهو جائز، لأنه ملكه الدين الذي له على الثاني، وسلطه على قبضه قرضا، فيصح كما لو وجب منه، وسلطه على قبضه فإن قاصه بالدينار الذي له عليه وأخذ بالفضل حوائجه، قال فهو جائز وهذا الجواب لا يشكل فيما اشترى من الحوائج لأنه اشترى الحوائج بالأجر بما وجب من الأجر وبما لم يجب فيجوز كما يجوز من رب البيت، وإنما يشكل فيما إذا قاصه بالدينار ذكر أنه جائز إذا رضى بذلك الثاني، وإن كان الجنس مختلفا، فإن أحدهما دينار والآخر دراهم، لأن المقاصة في الجنس المختلف، إنما لا يجوز إذا لم يوجد **التراضي** على المقاصة، فأما إذا وجد يجوز إلا أنه يكون صرفا، ثم يجوز هذا الصرف عندهم بحصة ما وجب من أجر شهر عندهم جميعا، لأن المستقرض قائم مقام المقرض، والمصارفة من المقرض بأجر واجب جائز عندهم، فكذا من المستقرض، فأما بحصة ما لم يجب من الأجر وهو الشهر الثاني يجب أن يكون المسألة على الخلاف، يجوز عند محمد وهو قول أبي يوسف الأول، ولا يجوز في قول أبي يوسف الآخر كما لو باشر المقرض الصرف بأجر لم يجب بعد، وهو الشهر الثاني. ثم قال: وليس هذا بصرف فيما بين رب البيت والمستقرض ولكنه صرف فيما بين المستقرض والثاني، وذلك لأن رب البيت ما عقد عقد الصرف مع المستقرض، إنما أقرضه الآخر الذي له على الثاني، وعقد المصارف إنما جرت بين المستقرض والثاني، ثم قال وهذا كله قول أبي يوسف وهو قول محمد، فأما على قوله الآخر فإنه لا يجوز، وقد ذكرنا هذا في أول الكتاب.." (٢)

-----"

ولو حكما أعمى أو فاسقا. ذكر في الأقضية أنه لا يجوز، وهذا الجواب في حق الفاسق مستقيم على الرواية التي قال: إن الفاسق لا يصلح قاضيا، أما على الرواية التي قال يصلح قاضيا لكن غيره أولى يصلح حكما من الطريق الأولى.

قال في الأقضية: ويجوز أن يجعلا بينهما امرأة يعني يجوز إذا حكما بينهما امرأة وأراد به فيما سوى الحدود والقصاص، لما ذكرنا أن التحكيم ينبني على الشهادة والمرأة تصلح شاهدة فيما سوى الحدود والقصاص فتصلح حكما. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز التحكيم معلقا بالأخطار ولا مضافا إلى وقت في المستقبل.

وقال محمد رحمه الله: يصح صورة التعليق إذا قالا لعبد: إذا أعتقت فاحكم بيننا أو قالا لرجل: إذا أهل الهلال فاحكم

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٩٣/٨

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٧٤/٨

بيننا، صورة الإضافة إذا قال الرجل: جعلناك حكما غدا، أو قالا: رأس الشهر فوجه قول محمد رحمه الله أن التحكيم تولية وتفويض؛ لأن كل واحد من الخصمين بالتحكيم معرض إلى الحكم ما كان يملك فعل ذلك بنفسه، فأشبه القضاء وتقليد القضاء يجوز مضافا ومعلقا، فكذا الخصومة.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن التحكيم صح معنى؛ لأنه لا يثبت إلا بتراضي الخصمين والمقصود منه قطع منازعة تحققت بينهما هاهنا، وهذا هو معنى الصلح فلا يصح معلقا ومضافا قياسا على سائر المصالحات بخلاف القضاء والإمارة؛ لأنه تفويض وتزكية حقيقة ومعنى ليس فيهما معنى الصلح؛ لأن الصلح لا يثبت إلا **بالتراضي**، ولا يصلح إليه إلا بقطع منازعة تحققت وهذا الحد لا يوجد في القضاء والإمارة، فأما التحكيم إن كان تفويضا من الوجه الذي قلتم، ففيه معنى الصلح من الوجه الذي قلنا، فلئن كان يصح تعليقه وإضافته من الوجه الذي قلتم لا يصح من الوجه الذي قلنا فلا يصح بالشك.

". (١)

_____"

وهو أن يقول تركها ميراثا لورثته فلهذا يكتب ميراثا عنه لورثته ثم يسمي الفريضة وأنصباء الورثة من ذلك، ليعلم قدر ما نصيب المدعي من ذلك، فيكون المدعي به معلوما، ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن يدعي لنفسه نصيبه من الدار، أو يدعي جميع الدار بحكم القسمة مع الورثة، فإن ادعى نصيبه من الدار يكفيه هذا المقدار الذي ذكر في الكتاب، وإن ادعى جميع الدار يكتب، وترك أيضا مع الدار سواها من العقار والعروض والأراضي والنقود، وقد جرت القسمة الصحيحة بين هؤلاء الورثة **بالتراضي**، فوقعت هذه الدار في نصيب هذا الابن المدعي وأنها اليوم ملك هذا الابن المدعي بهذين السهمين، ويذكر أيضا: قبض باقي الورثة حصصهم على ما مر قبل هذا، وأنها في يدي فلان بن فلان هذا المدعى عليه الذي أحضره بغير حق وأنه يمنع جميع ذلك منه، إن كان يدعي جميعها وإن كان يدعي نصيبه يذكر: وأنه يمنع نصيبه بغير حق، فواجب عليه قصر يده عما ادعى، وتسليمه إلى هذا المدعي.

وإنما شرطنا أن يقول في الدعوى وأنها في يد هذا المدعى عليه الذي أحضره؛ لأن الذي أحضره إنما يكون خصما باعتبار يده، فلا بد من أن يثبت يده عليها، حتى ينتصب خصما، فسمع القاضي الدعوى عليه، وإن شئت كتبت من وجه آخر.

فكتبت: حضر وأحضر فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه: أن جميع الدار التي في محلة كذا في سكة كذا حدودها كذا بحدودها وحقوقها، أرضها، وبنائها، سفلها وعلوها، وكل حق هو لها داخل فيها، وكل حق هو لها خارج منها، كانت ملكا لفلان ابن فلان والد هذا المدعي وحقه وملكه إلى أن توفي، وخلف من الورثة أبناء له هذا

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٠٢/٨

المدعي وورثة أخرى من البنين فلان وفلان ومن البنات: فلانة وفلانة لا وارث له سواهم، وصارت هذه الدار المحدودة الموصوفة فيه ميراثا عنه لورثته هؤلاء المسمون فيه، على فرائض الله تعالى على كذا سهما.." (١)

"-----

أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر لا يبطل قضاء القاضي بالفسخ، ولا يكون للبائع أن يلزم المشتري لما مر في أول الفصل، ثم عند محمد رحمه الله لما كان للبائع أن يلزم المشتري الجارية وإن أبى، هل للمشتري أن يأخذها من البائع إذا أبى البائع ذلك؟ لم يذكر هذا الفصل هنا. قال مشايخنا: وينبغي أن لا يكون له ذلك، وإليه أشار بعد هذا؛ لأن المشتري لما طلب من القاضي أن يفسخ العقد بينهما، فقد رضي بانفساخ البيع وانفسخ العقد في حقه إن لم ينفسخ في حق البائع فلهذا كان للبائع أن يلزم المشتري ولا يكون للمشتري أن يلزم البائع.

هذا إذا فسخ القاضي العقد بينهما، فلو أن القاضي لم يفسخ العقد بينهما، ولكن البائع مع المشتري أجمعا على الفسخ حين استحقت الجارية من يد المشتري، ثم أقام البائع بينة على المستحق على ما قلنا، وقضى القاضي له بالجارية لا يكون له أن يلزم المشتري بلا خلاف؛ لأن ا لفسخ **بالتراضي** يثبت مطلقا، فلا يبطل بعد ذلك، وإن أراد المشتري أن ينقض البيع بعد الاستحقاق من غير قضاء ولا رضى، ليس له ذلك، فالمذهب أنه لا بد لصحة النقض ههنا من قضاء أو تراض منهما، وهذا لأن حق المشتري في العين بعد الاستحقاق على ظاهر الرواية إذ العقد لم ينتقض بمجرد الاستحقاق على ظاهر الرواية، فالمشتري بالنقض يريد نقض حقه من العين إلى الثمن، فلا يملك إلا بقضاء القاضي أو برضى خصمه، وهو نظير ما قلنا في العبد المغصوب إذا أبق من يد الغاصب، وأراد المالك أن يضمنه قيمته ليس له ذلك إلا بقضاء القاضي أو برضى الغاصب، وكذلك المغصوب إذا كان شيئا مثليا وانقطع أوانه وأراد المالك أن يضمن الغاصب قيمته ليس له ذلك إلا بقضاء أو رضى الغاصب، والمعنى في الكل ما بينا.." (٢)

"-----

وإن كان المشتري لم يطلب من القاضي فسخ العقد بعد الاستحقاق، ولكن طلب من البائع أن يرد الثمن عليه، ورده عليه ثم أقام البائع بينة على المستحق على ما ذكرنا، وأخذ الجارية من المستحق ليس له أن يلزم المشتري إياها؛ لأن الإلزام ينبني على البيع، والبيع قد انفسخ بينهما بتراضيهما؛ لأن المشتري بطلب الثمن رضي بالفسخ، وكذلك باليد بإعطاء الثمن رضي بالفسخ، والفسخ ينفذ **بالتراضي** ويصح بالتعاطي ظاهرا وباطنا فلا يبقى للبائع ولاية الإلزام بعد ذلك. ولو كان البائع لم يرد الثمن حتى خاصمه المشتري إلى القاضي ففسخ العقد بينهما وألزم البائع الثمن للمشتري فيأخذه منه أو لم يأخذه حتى أقام بينة على المستحق على ما قلنا، وأخذ الجارية، كان له أن يلزم المشتري عند محمد وأبي يوسف الأول؛ لأن الفسخ ههنا لو ثبت ثبت بالقضاء، والقضاء حصل بناء على سبب ظهر انعدامه من الأصل، فأوجب

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٧/٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥٩/٩

بطلان القضاء عند محمد وأبي يوسف الأول على ما مر.

فرع محمد رحمه الله على الفصل الأخير، وهو ما إذا رجع المشتري بالثمن على البائع بقضاء القاضي، فقال: لو أقر البائع أنه نوى الفسخ حين رجع المشتري عليه وباقي المسألة بحاله لم يكن للبائع أن يلزم المشتري بلا خلاف؛ لأنه حين نوى الفسخ فقد رضي بالفسخ، والعقد متى انفسخ **بالتراضي** لا يعود أصلا، فقد أثبت الفسخ من جهة البائع بمجرد النية.

". (١)

"-----

أما الفسخ بقضاء القاضي رجل اشترى من آخر عبدا بمائة دينار وقبضه وباعه من آخره وقبضة المشتري الثاني، ثم (١٠٩أ٤) استحقها رجل على المشتري الثاني، فأقام المشتري بينة على المستحق أنه كان باعه من البائع الأول بكذا وسلمه إليه، قبلت بينته في ظاهر الرواية، لأن بالاستحقاق لا تفسخ العقود، فبقيت العقود موقوفة، فيحتاج المشتري الأخير إلى تقرير الملك للبائع الأول والثاني ليتقرر ملكه، فينتصب خصما فيه، فهذه بينة قامت من خصم على خصم، وليس فيه تغيير القضاء الأول، بل فيه تقرير له وقد أقامها لا على الوجه الذي استحق عليه، فقبلت بينته، وقضى بالغلام له بهذا، فإن لم يقم المشتري بينة علىه ولكن خاصم بائعة، وهو المشتري الأول في الثمن وقضى عليه بذلك ثم إن المشتري الأول أقام بينة على أن المستحق باعه من البائع الأول، وسلمه إليه قبل أن يبيعه منه، وأخذ الغلام منه، هل له أن يلزم المشت ر ي الثاني؟ على قول محمد وأبي يوسف الأول له ذلك، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر (له) ذلك لما ذكرنا، فإن لم يجد المشتري الأول بينة على ذلك، ورجع على البائع الأول بالثمن وقضي له به عليه، فأقام البائع الأول بينة على المستحق على ما ذكرنا، ويأخذ العبد من المستحق كان له أن يلزم المشتري الثاني عند محمد وأبي يوسف الأول لما مر.H

وهل للمشتري الأول أن يلزم المشتري الثاني؟ لما رجع على المشتري الأول فقد رضى بانفساخ العقد بينه وبين المشتري الأول، فانفسخ العقد في حقه، لكن لم يظهر الانفساخ في حق المشتري الأول لعدم الرضى فيه، ولهذا احتيج إلى القضاء عليه بالثمن فإذا رجع هو على البائع الأول فقد رضي بانفساخ العقد، فتم الفسخ بينهما بتراضيهما، وقد ذكرنا أن الفسخ الحاصل **بالتراضي** يثبت مطلقا فلا يبطل بعد ذلك.." (٢)

"-----

صورته: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن جميع الدار التي في محلة كذا في سكة كذا، حدودها كذا بحدودها وحقوقها، أرضها وبنائها، سفلها وعلوها، وكل حق هو لها داخل فيها، وكل حق هو لها

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٠/٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٢/٩

خارج منها، كانت ملكا لوالده فلان بن فلان، وحقه وفي يده، وتحت تصرفه إلى أن توفي، وخلف من الورثة ابنا له هذا المدعي، وورثة أخرى سواه من البنين فلان وفلان، ومن البنات فلانة وفلانة، لا وارث له سواهم، وصارت هذه الدار المحدودة فيه ميراثا عنه لورثته هؤلاء المسمين على فرائض الله تعالى على كذا سهما، حصة هذا الذي حضر، كذا كذا سهما، واليوم كل هذه الدار في يد هذا الذي حضر معه، وإنه يمنع عن هذا الذي حضر وصيته، وذلك كذا كذا سهما إلى آخره.

وإن كان هذا الذي حضر يدعي جميع الدار لنفسه بسبب قسمة جرت بين هؤلاء الورثة بأن ترك المتوفى سوى هذا المنزل من العقار والعروض، والأراضي والنقود، وجرت القسمة بين هؤلاء الورثة في تركة الميت **بالتراضي**، فوقعت هذه الدار في نصيب هذا الابن يكتب في هذا المحضر: وخلف من التركة هذه الدار المحدودة، وترك مع هذه الدار المحدودة من العقار كذا، ومن العروض كذا، ومن البقر كذا، وقد جرت قسمة صحيحة بين هؤلاء الورثة **بالتراضي**، فوقعت هذه الدار في نصيب هذا المدعي الذي حضر، وقبض هذا الذي حضر جميع هذه الدار بحكم هذه القسمة، وقبض باقي الورثة أنصباءهم، وحصصهم، واليوم جميع هذه الدار ملك هذا الذي حضر بالسبب الذي ذكر، وإنها في يد هذا الذي حضر بغير حق، وإنه يمنع ذلك منه.." (١)

"_____

يقول القاضي فلان: لما ظهر عندي صلاح فلان وصيانته وهداه وديانته، ورشاده وهدايته في الأمور وكفايته مع ما حمد الله تعالى من حقائق الأحكام، وعلمه دقائق الحلال والحرام، نصبته في ناحية كذا متوسطا لفصل الخصومات بين الخصوم بتراضيهم على سبيل المصالحة بعد أن تأمل في ذلك الحادثة تأملا شافيا، ولا يحابي شريفا لشرفه، ولا يظلم ضعيفا لضعفه، ولم أجز له أن يسمع بينة في حادثة من الحوادث، وأن يقضي لأحد على أحد في صورة من الصور، وإذا تعذر عليه فصل الخصومة **بالتراضي** بعث الخصوم إلى مجلس الحكم، وأمر به بإنكاح الأيامى الخاليات عن النكاح والعدة من أكفائهن برضاهن إن لم يكن لهن ولي، بمهر أمثالهن في سبيل الاحتياط، وآمر به باختيار القوام في الأوقاف، وأموال اليتامى من الصلحاء والثقات باتفاق من هو بسبيل منها واختيارهم، وأمر به بطاعة الله وتقواه في جميع أحواله سرا وعلانية، وأن يأتي ب أ وامره، وينتهي عن زواجره، فهذا عهدي إليه، ومن قرأ هذا الكتاب، أو قرىء عليه، فليعرف حقه وحرمته، ولا يخوض أحد فيما فوض إليه، وليصون نفسه عن الملامة، والله الموفق للصواب.

كتاب في التزويج

بعد الدعاء يكتب: يحتسب الشيخ الفقيه أيده الله بالتعرف عن حال المسماة فلانة بنت فلان، فقد خاطبها فلان، فإن

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧٤٣/١٠

وجدها حرة بالغة خالية عن النكاح والعدة، وكان هذا الخاطب كفءا لها، ولم يكن لها ولي حاضر، ولا غائب ينتظر حضوره، فزوجها منه برضاها بمحضر من الشهود على صداق كذا.." (١)

" ﴿ مسائل من كتاب البيوع لم تشاكل الأبواب ﴾

قوله : رجل قال إلخ صورة المسئلة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بالألف فيجيء الآخر ويقول لصاحب العبد : بع هذا من هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف

قوله : ولا شئ على الضامن لأنه زيادة في الثمن والمثمن فلا يستحق من غير مال يقابله تسمية وصورة ولم يوجد

قوله : فالإقالة بالثمن الأول الحاصل أن الإقالة فسخ عند أبي حنيفة (رحمه الله) إلا إذا تعذر بأن حدث بالمبيع ما يمنع الفسخ فيبطل وقال محمد : هو فسخ إلا أن لا يمكن فيجعل بيعا جديدا إلا أن لا يمكن بأن كان المبيع غير مقبوض فيبطل وقال أبو يوسف : بيع جديد إلا أن لا يمكن فيجعل فسخا بأن يكون المبيع غير مقبوض وكان منقولا فيبطل لمحمد أن لفظة الإقالة موضوعة

للفسخ فوجب الجري على ذلك إلا أن يتعذر فينتقل إلى البيع لأنه محتمل للبيع ألا ترى أنه جعل بيعا في حق الثالث ؟ فكذا ههنا ولأبي يوسف أن الإقالة تمليك المال بالمال **بالتراضي** وذلك جد البيع فوجب الجري على ذلك إلا إذا تعذر فينتقل إلى الفسخ لأنه يحتمله ولأبي حنيفة أن الإقالة رفع وإسقاط يقال في الدعاء : اللهم أقلني عثرتي والرفع والإسقاط لا يحتمل معنى الابتداء بحال إذا ثبت هذا فنقول : إذا أقال بألف وخمسمائة صحت الإقالة عندهما بأي طريق كان وعند أبي حنيفة بألف وإن أقال بخمسمائة إن لم يكن بالمبيع عيب فالإقالة بألف ويلغو ذكر خمسمائة وإن كان بالمبيع عيب فالإقامة بخمسمائة ويصير المحطوط بإزاء النقصان وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : الإقالة بخمسمائة في الوجهين

قوله : هي للمدعي إلخ لأن الأصل عند تعارض الحجج الجمع إن أمكن فإن تعذر فالترجيح فإن تعذر فالتهاتر وقد أمكن الجمع لأنه قامت دلالة البيعين وهي البينة وقد علمنا أن البيعين لا يوجدان معا فلا بد من الترتيب وقد قام دلالة الترتيب لأنا إذا بدأنا بشراء المدعى الخارج لم يصبح بيعه لعدم اليد ولو بدأنا بشراء صاحب اليد صح بيعه وكان الجمع ممكنا من هذا الوجه وفيه تصحيح العقدين فتعين هذا الوجه ولهما أن الخصمين اتفقا على أنه لم يجر بينهما إلا عقد واحد فيكون القضاء بالعقدين قضاء من غير دعوى وذلك لا يجوز فتعذر الجمع والترجيح فتعين التهاتر وما قال في الكتاب : الألف بالألف قصاص بعد قول محمد فهو قولهما لأنه لما لم يصح البيعان عندهما بقي قبض المالين فيجب على كل واحد منهما رده إن كان قائمين وإن كانا هالكين يتقاصان فأما عند محمد البيعان قد ثبتا وثبت قضاء الثمنين فكيف يتصور المقاصة ؟ فإن لم يذكر في الشهادة نقد الثمن صحت المقاصة عند محمد ولا مقاصة عندهما

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧٧٩/١٠

قوله : وهذا قبض لأن الوطيء استيلاء وقد فعل الزوج باستيلاء المشتري فصار كفعل المشتري بنفسه وإن لم يطأها فليس يقبض استحسانا والقياس أن يكون النكاح قبضا ذكره في الأصل لأنه تعيب وجه الاستحسان أن التعيب إنما جعل قبضا لمعنى الاستيلاء على المبيع والنكاح أمر حكمي لا استيلاء فيه

قوله : وأوفى الثمن لأن موضوع المسئلة أن العبد في يد البائع حتى لو قال : إن العبد لي كان القول قوله فإذا أقر به لغيره وادعى أنه مشغول بحقه كان القول قوله أيضا فيظهر الملك لغيره مشغولا بحقه ولا يمكن إيصاله به إلا ببيعه

قوله : وكان متطوعا إلخ لأنه متطوع في أداء دين غيره بغير أمره ولهما أن الحاضر مضطر في أداء نصيب شريكه من الثمن ليتمكن من قبض نصيبه من المبيع لأن الصفقة واحدة فثبت له ولاية الأداء بطريق الضرورة فلا يكون في الأداء متبرعا فيصير في معنى الوكيل بالشراء والوكيل بالشراء إذا أدى الثمن من مال نفسه لا يكون متبرعا كذلك ههنا

قوله : فالظهار باطل فرق بين هذا وبين ما تقدم من توقف العتق على إجازة المالك عند أبي حنيفة وأبى يوسف (رحمهما الله) والفرق لهما أن الإعتاق حق من حقوق المالك لأنه نهاية فيتوفى عليه ونفذ فيه وأما الظهار فليس بحق من حقوق الملك ليتوقف وينفذ فيه

قوله : فهما نصفان لأن العقد أضيف إليهما سواء فيكون بينهما سواء

قوله : ويرجع بدراهمه لأن المقبوض غير حقه ورد مثل الشئ كرده ولهما أن الزيوف جنس حقه فوقع به الاستيفاء وإنما بقي حقه في الجودة ولا يمكن تداركها إلا بضمان الأصل والقضاء بالضمان على القابض حقا له ممتنع

قوله : لمن أخذه لأنه مباح سبقت يده إليه فيكون هو أحق به ولا يكون لصاحب الأرض لأن صاحب الأرض ما أعد أرضه لذلك فصار كمن نصب شبكة للجفاف أو نصب فسطاطا فتعلق به صيد لم يملكه ولهذا قالوا في نشر الدراهم والسكر إذا وقعت في ثوب رجل لم يملك إلا أن يضم ذلك في نفسه أو كان قعد ذلك فتهيأ له بخلاف ما إذا عسل النحل في أرض رجل فإن العسل يكون لصاحب الأرض لأن العسل ليس بصيد وقد صار متصلا قائما بأرضه فيكون تابعا كالشجر وأما البيض صيد فإنه أصل الصيد إلا أنه يمكن أخذه من غير حيلة فبهذا لا يبطل معنى الصيدية وقد قال للنبي صلى الله عليه و سلم : [الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره]

قوله : ولا بأس ببيع من يزيد هو بيع الفقراء على سوم الشراء وإنما أريد بالنهي إذا سكن قلب كل واحد منهما وتأكد الأمر فظهر الرغبة فأما قبل ذلك فلا بأس ومسئلتنا في ما إذا لم يوجد سكون القلب واتفاقهما على ذلك

قوله : فلا خيار له لأن الرؤية لا تستوعب لاستحالة ذلك أو تعذره فيعتبر عيان ما يعرف به حال سائر الأجزاء ألا ترى أنه إذا رأى وجه الجارية كفى ذلك لأنه يعرف ما وراءه وبرؤية مقدم الدابة ومؤخرها يعرف ما وراء ذلك والنظر إلى مواضع الطي من الثياب إذا كانت مستوية يقع على كل جزء ." (١)

" ﴿ باب ما ينقض بعذر وما لا ينقض ﴾

قوله : فهو عذر لأن السفر قد يتعذر بهلاك أسبابه فلو لم ينقض لزمه الضرر

---

(١) النافع الكبير، ص/٣٦٤

قوله : ذلك فليس بعذر لأنه قادر على المضي بأن يبعث تلميذه يقوم على الإبل فلا عذر له

قوله : ثم باعه فليس بعذر لأنه قادر على المضي في موجب العقد لأنه لا ضرر في نفسه بأن يصبر حتى ينتهي مدة الإجارة

قوله : وترك العمل فهو عذر لأنه عجز عن المضي عن موجب العقد لأن تجارته تنقطع عند الإفلاس فلو لم ينقض لزمه ضرر في ما لم يستحق بالعقد

قوله : في الصرف فليس بعذر لأنه ليس بعاجز لأنه يمكنه أن يستعمل الغلام للخياطة وهو في ناحية من الحانوت يعمل في الصرف فأفلس وترك العمل فهو عذر وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف

قوله : ثم سافر فهو عذر لأنه لا يمكنه أن يسافر به لأن خدمة السفر أعظم من الحضر والحجر من السفر غير ممكن لأن في الحجر ضررا غير مستحق بالعقد فصار بمعنى العيب ولو كان الاستيجار ليخدمه مطلقا فكذلك الجواب لأن المستأجر لا يملك أن يسافر به وإن كان العقد مطلقا لتفاوت في الخدمة

قوله : تنتقض وهل يكون قضاء القاضي أو التراضي شرطا للنقص ؟ ذكر ههنا أن شيئا من ذلك ليس بشرط بل يتفرد العاقد بالفسخ لأنه في معنى العيب قبل القبض والعيب قبل القبض يثبت ولاية الفسخ من غير قضاء في باب البيع فكذا ههنا وذكر في الزيادات وجعل قضاء القاضي شرطا فصار في المسئلة روايتان والصحيح ما ذكر ههنا وإنما يحتاج إلى القضاء إذا كان العذر يحتمل الاشتباه ." (١)

" ﴿ باب في المكاتب يعجز أو يموت فيترك وفاء أو لا يترك ﴾

قوله : وهو قول محمد إلخ أصله أن السنة في الكتابة التأجيل والتنجيم والتيسير فإذا أجل بنجم ولم يؤد حصته كان للمولى حق الفسخ في قولهما إلا أن يكون له مال حاضر أو غائب يرجى وجوده فيؤخر يوما أو يومين أو ثلاثة أيام لأنه لما مضى النجم صار كأنه كوتب على ذلك القدر حالا ولو كان كذلك لا يؤخر زيادة على ما قلنا فكذا هذا وقال أبو يوسف : لا يفسخ حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي (رضي الله عنه) : إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق

قوله : فهو جائز لأن الكتابة محتمل للفسخ بالتراضي من غير عذر فعند العذر أحق

قوله : ورثه ابنه لأنه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتق المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته فحكم بعتق ابنه في ذلك الوقت : لأنه تابع له فهذا حرمات عن ابن حر فيرثه

قوله : وكذلك لأن كل واحد منهما كشخص واحد لكون العقد واحدا فإذا حكم بعتق أحدهما في وقت حكم بعتق الآخر في ذلك الوقت

قوله : لم يكن ذلك قضاء إلخ لأن القاضي قرره حكم الكتابة لأن من قضية قيام الكتابة أن يكون الولد ملحقا بموالي الأم والعقل عليهم مع احتمال أن يعتق الأب فيجر الولاء إلى نفسه

---

(١) النافع الكبير، ص/٤٣٨

قوله : فهو قضاء بالعجز لأن الاختلاف في تعيين نفس الولاء راجع إلى قيام الكتابة وانتقاضها لأن الولاء لا يستقر إلا بناء على ذلك يعني الحرية وهذا فصل مجتهد فيه فإذا قضى بالولاء لموالي الأم كان هذا قضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه

قوله : فهو طيب للمولي لأنه تبدل ملكه فإن الصدقة كانت ملكا للمكاتب ثم صارت ملكا للمولى بالأداء وبعد تبدل الملك يحل الصدقة للغني والهاشمي هذا إذا عجز بعد الأداء وإن عجز قبل الأداء لم يذكر ههنا وذكر في موضع آخر أنه طيب للمولى أيضا

قوله : رجع أبو يوسف إليه وكان يقول أولا : إذا عجز قبل القضاء بيع فيه أيضا وهو قول زفر لأن المانع عن الدفع قائم عند الجناية وهي الكتابة فصار لازما بنفس الوقوع كجناية المدبر ولنا أن المانع للدفع قابل للزوال فلما تردد لم يثبت الانتقال إلا بقضاء أو رضاء ولا كذلك التدبير ." (١)

"المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج ولا عشر في الخارج من ارض الخراج ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة & باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع **بالتراضي** والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق وجزية يبتدي الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء ومن لم يسلم من رجالهم قتل ولا جزية على امرأة ولا صبي ولا زمن ولا أعمى ولا على فقير غير معتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد ولا يؤدى عنهم مواليهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يؤخذ منه وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك إن مات في بعض السنة فصل

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلما أو سب النبي عليه السلام أو زنى

---

(١) النافع الكبير، ص/٤٥٧

" (١)

" مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت عنه وفي كل منهما يرجع إلى اعتقادهم وقيل في الميتة والسكوت روايتان عنه في رواية يجب مهر المثل لأنها لم ترض بغير بدل والأصح أن الكل على الخلاف فعنده لا يجب شيء بدون اعتقادهم لأنها لما رضيت بما ليس بمال ولا قيمة له فقد رضيت بغير بدل ولأنه لو وجب لوجب حقا لله تعالى والكافر غير مخاطب به ولا يجب حقا لها لرضاها بدونه واختلف العلماء في خطاب الكفار بالشرائع وفي جواز خطابهم بها عقلا وذكر صاحب كفاية الفحول اختلافهم في جوازه عقلا وأما وقوعه ففي مختصر البزدوي أن الكافر أهل لأحكام لا يراد بها وجه الله تعالى وليس بأهل لوجوب الشرائع وفي أصول أبي الحسن البستي قال أبو حنيفة وعامة أصحابه إن الخطاب بالحرمات وما يوجب العقوبات يتناول الكفار وخطاب العبادات لا يتناولهم ولا خلاف في تناولهم الأمر بالإيمان وفي أصول السرخسي الكفار مخاطبون بالإيمان و ا لمشروع من العقوبات فيما اعتقدوا حرمته ولهذا تقام عليهم الحدود بطريق الجزاء والزجر عن الإقدام على أسبابها ولا يحدون حد شرب الخمر والسكر لعدم اعتقادهم حرمته وكذا يتناولهم الخطاب بالمعاملات كالبيع لوجود التزامهم قال ولا خلاف أن الخطاب بالشرائع يتناولهم في حكم المؤاخذة في الآخرة لأن موجب الأمر اعتقاد لزوم المأمور به وهم ينكرون اللزوم وذلك كفر منهم بمنزلة إنكار التوحيد لأن صحة التصديق والإقرار بالتوحيد لا يكون مع إنكار شيء من الشرائع وفي الميزان قال بعض مشايخ سمرقند لا يتناولهم الخطاب أصلا لا في حق المحرمات ولا في حق العبادات إلا ما قام دليل شرعي عليه نصا وقال بعض أهل التحقيق منهم إنهم مخاطبون بالحرمات والمعاملات دون العبادات وفي المحصول قال الأكثرون منا ومن المعتزلة الأمر بفروع الشرائع لا يتوقف على الإيمان وقال الجمهور من أصحاب أبي حنيفة إنه يتوقف عليه وهو قول أ بي حامد الإسفراييني من الشافعية ومال الكرخي والجصاص إلى تناولهم الخطاب بالفروع ولا يمكنهم الاحتجاج بمثل قوله تعالى ! ٢ (٢) ٢ ! لأن المراد بها الجحود أي يجحدون الزكاة وقد عرف الحجيج من الجانبين في موضعه قال رحمه الله (ولو تزوج ذمي ذمية بخمر أو خنزير عين فأسلما أو أسلم أحدهما لها الخمر والخنزير وفي غير العين لها قيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير) معناه أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر المثل في المعين وغير المعين وهو قوله الآخر وقال محمد لها قيمتها في الوجهين وهو قول أبي يوسف الأول لهما أن القبض مؤكد للملك في المعين حتى لو طلقها قبل الدخول بها بعد القبض لا يثبت ملك الزوج في النصف إلا بالقضاء أو التراضي على الاسترداد وقبل القبض يثبت له بنفس الطلاق ولهذا لو هلك قبل ا لقبض كان على الزوج وبعده عليها فكان للقبض شبهة بالعقد فيمتنع بالإسلام إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط فصار كالبيع وفي غير المعين موجب للملك إذ لا يملك قبله فكان القبض ابتداء تملكا للعين فيمتنع بالإسلام كالعقد فإذا امتنع تسليم المعين فأبو يوسف يقول يجب مهر المثل كما لو أنشأ العقد بعد الإسلام ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم إلا أنه امتنع التسليم بالإسلام

---

(١) بداية المبتدي، ص/١٢١

(٢) وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة وهم بالآخرة هم كافرون

فتجب قيمته كما إذا هلك المسمى قبل القبض ولأبي حنيفة رحمه الله أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه من البيع والهبة وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوب بخلاف المشتري لأن ملك التصرف فيه قد ثبت بالقبض فصار كالعقد وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالإسلام فيتعذر قبضه فإذا تعذر القبض لا تجب القيمة في الخنزير لأنه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ولهذا لو أتى بقيمة الخنزير تجبر على الأخذ ولا كذلك الخمر وقال في الغاية يرد على هذا ما لو اشترى ذمي دارا من ذمي بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم يأخذها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم تجعل قيمة الخنزير كعينه ولم يجب عنه بشيء والجواب أن

---

(١) ".

" استبدال زوج مكان زوج) ^ الآية قلنا شرط النسخ العلم بتأخر الناسخ وتعذر الجمع بينهما ولم يوجدا ولأن النهي مقيد بإرادة الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الأولى مطلقة فلا يصح دعوى نسخها بها مطلقا ولأن النهي لا يعدم المشروعية في الأفعال الشرعية فلا نسلم نسخها وقال أهل الظاهر لا يجوز الخلع إلا إذا كرهته المرأة وخافت أن لا توفيه حقه أو لا يوفيها حقها ومنعوا إذا كرهها الزوج لما تلونا وجوابه ما ذكرناه وذكر القدوري في مختصره إذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به أخرجه مخرج العادة أو الأولوية لا مخرج الشرط وأراد بالخوف العلم والتيقن به لأنه يراد به العلم قال الشاعر ٪ (إذا مت فادفني إلى جنبي كرمة ٪ تروي عظامي بعد موتي عروقها) ٪ ٪ (ولا تدفنني في الفلاة فإنني ٪ أخاف إذا ما مت أن لا أذوقها) ٪ | أي أعلم وأتيقن ولهذا رفعه والتشاق الاختلاف والتخاصم مشتق من الشق وهو الجانب كل واحد منهما يأخذ شقا خلاف شق صاحبه وحدود الله تعالى ما يلزمهما من مواجب الزوجية قال رحمه الله (الواقع به وبالطلاق على مال طلاق بائن) يعني الواقع بالخلع وبالطلاق الصريح إذا كان بعوض يكون بائنا لأن الزوج ملك العوض فوجب أن تملك هي المعوض تحقيقا للمساواة وذلك بالبائن وكذا إذا وقع بلفظ البيع أو المبارأة كان بائنا لأنه معاوضة ولهذا يشترط قبولها في المجلس وهي تقتضي المساواة على ما تقدم ولو قال لم أعن الطلاق لم يصدق لأن ذكر العوض أمارة صادقة على أن مراده الطلاق ولو لم يذكر العوض يصدق في لفظ الخلع والمبارأة لأنهما كنايتان ولا يصدق في لفظ الطلاق والبيع لأنه خلاف الظاهر وفي قول الشافعي القديم الخلع فسخ وليس بطلاق يروى ذلك عن ابن عباس استدل عليه بقوله تعالى ^ (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ^ بعد قوله تعالى ^) الطلاق مرتان) ^ إلى أن قال ^ (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) ^ فلو كان الخلع طلاقا لصارت التطليقات أربعا ولأن النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار العتق وعدم الكفاءة والبلوغ فكذا بالتراضي ولنا ما روينا وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفا ومرفوعا ولأن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام ولهذا لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم بخلاف البيع وبخلاف ما ذكر من الصور

---

(١) تبيين الحقائق، ٢/١٦٠

لأنه فسخ قبل التمام والكلام فيما بعده ولأن ملك النكاح ثابت ضرورة فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء ولا حاجة إلى اعتباره في حق الفسخ ولأن لفظ الخلع كناية فوجب أن يكون طلاقا كما إذا لم يسم مالا وقد رجع ابن عباس إلى قول الجماعة ذكره في المبسوط والآية تشهد لنا لأن الله تعالى ذكر الطلقتين بغير عوض أولا بقوله تعالى ^ (الطلاق مرتان) ^ الآية ثم ذكر الافتداء بعد ذلك وهو عبارة عن فعلها ولم يذكر فعل الزوج فعلم بذلك أن فعله هو الذي تقدم ذكره وهو الطلاق الأول بعينه لكنه بعوض ثم حرمها عليه بطلقة بعد ذلك فكأنه شرع طلقتين بغير عوض ثم نفى الجناح عن أخذ العوض عنهما ولهذا اكتفى بذكر فعلها في الافتداء وإلا لذكر فعله لأن الافتداء لا يتم بفعلها وحدها أو نقول ذكر الطلقتين أولا ثم طلقة بعوض وبغير عوض فتكون الآية حجة عليه في هذا وفي قوله المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق قال رحمه الله (ولزمها المال) لأنه لم يرض بخروج البضع عن ملكه

"(١).

" لا يسارق عين من قصد حفظه وإنما يسارق عين من لعله يهجم عليه فلا يكون في معناه ولهذا اختص باسم آخر ولا يسمى سارقا فلا تتناوله آية السرقة وأما الثاني فلأنه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه لأن الملك عبارة عن الاقتدار والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينافيه وأما الثالث فلأن المال عبارة عما تميل إليه النفوس وتضن به وهو مخلوق لمصالح الآدمي والطباع السليمة تنفر عنه فضلا عما تضن به وأما الرابع فلأنه ليس بمحرز بالميت لأنه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لأنه حفرة في الصحراء فلا يكون حرزا ولهذا لو دفن فيه مال آخر غير الكفن لا يقطع سارقه وأما الخامس فلأن المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا تحتاج إلى الزاجر وما رواه غير مرفوع بل هو من كلام زياد وذكر في آخره ﴿ من قتل عبده قتلناه ومن جدع أنفه جدعناه ﴾ ولا يكاد يثبت هذا أبدا ولئن ثبت فهو محمول على السياسة فيمن اعتاد ذلك ونحن نقول بذلك إذا رأى الإمام فيه مصلحة والذي يدل على ذلك أن نباشا أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيئا فعزره أسواطا ولم يقطعه ولو كانت الآية تتناوله أو كان فيه حديث مرفوع لبينوا له ولا احتاج هو إلى مشاورتهم ولا كانوا يتفقون على خلاف ذلك وما روي فيه من اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ارتفع بإجماع من كان في عصره منهم وقوله من حرز مثله قلنا حرز المثل لا يختلف في جنس واحد وإنما يختلف باختلاف الأجناس كما إذا سرق دابة من إصطبل يقطع ولو سرق منه لؤلؤا لا يقطع وكذا لو سرق شاة من حظيرة يقطع ولو سرق منها ثوبا لا يقطع لأن كلا منهما حرز في حق الدابة والشاة دون اللؤلؤ والثوب لاختلاف الجنس وفيما نحن فيه لو سرق منه ثوبا آخر غير الكفن لا يقطع فيه ولو كان حرزا للكفن لقطع فيه لاتحاد الجنس لأن معنى الصيانة بالحرز لا تختلف في جنس واحد ولا يقال لو لم يكن حرزا لكان تضييعا وبه يجب الضمان على الأب والوصي في مال الصغير ولم يقل أحد بوجوب الضمان عليهما إذا كفنا الصغير من ماله فكان حرزا ضرورة لأنا نقول لو كان حرزا لما ضمنا ثوبا آخر له غير الكفن بدفنه فيه وإنما لا يضمنان بالتكفين لأنه صرف إلى

---

(١) تبيين الحقائق، ٢/٢٦٨

حاجة الميت وبه لا يكون تضييعا كإلقاء البذر في الأرض وذبح الشاة للأكل وتناول الطعام لحاجته وإن كان القبر في بيت مغلق لا يقطع في الأصح لما بينا من الخلل وكذا لو سرق من ذلك البيت مالا آخر غير الكفن لأنه يتأول بالدخول فيه زيارة القبر وكذا إذا سرق الكفن من تابوت في القافلة وعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق من بيت فيه الميت لأنه يتأول بالدخول فيه تجهيزه وهو أظهر من الكل لوجود الإذن بالدخول فيه عادة . قال رحمه الله (ومال عامة أو مشترك) أي لا يقطع في مال بيت المال أو في مال للسارق فيه شركة لأن له فيه شركة حقيقة أو شبهة شركة فإن مال بيت المال مال للمسلمين وهو منهم وإذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث ذلك شبهة والحدود تدرأ بها . قال رحمه الله (ومثل دينه) أي لا يجب عليه القطع إذا سرق من مدينه قدر دينه من جنسه والدين حال لأنه استيفاء لدينه وله ذلك من غير رضا من عليه إذا ظفر به وإن كان الدين مؤجلا يقطع قياسا لأنه لا يباح له أخذه فصار كأخذه من غيره ولا يقطع استحسانا لأن دينه ثابت في ذمته والتأجيل لتأخير المطالبة وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة وإن سرق من خلاف جنس حقه فإن كان نقدا لا يقطع في الصحيح لأن النقدين جنس واحد حكما ولهذا كان للقاضي أن يقضي به دينه من غير رضا المطلوب ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة وإن كان عرضا يقطع لأنه ليس باستيفاء وإنما هو استبدال فلا يتم إلا **بالتراضي** وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه فإن عند ابن أبي ليلى له أن يأخذه بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية

---

(١) ".

" (فصل في الجزية) قال رحمه الله (الجزية لو وضعت بتراض وصلح لا يعدل عنها) لأنها تتقرر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ﴿ صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب يؤدونهما وعارية ثلاثين درعا وثلاثين فرسا وثلاثين بعيرا وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم ﴾ الحديث رواه أبو داود وكانوا نصارى وهم أول من أعطى الجزية من أهل الكتاب وعن عمر بن عبد العزيز أن النبي صلى الله عليه وسلم ﴿كتب إلى أهل اليمن أن على كل إنسان منكم دينارا كل سنة أو قيمته من المعافر ﴾ رواه الشافعي في مسنده قال رحمه الله (وإلا يوضع على الفقير المعتمل في كل سنة اثنا عشر درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه) يعني إذا لم توضع **بالتراضي** بل وضعت بالقهر بأن غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيوضع على الفقير المعتمل في مثل هذه الحالة اثنا عشر درهما يؤخذ منه في كل شهر درهم وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهما يؤخذ منه في كل شهر درهمان وعلى المكثر وهو الغني الظاهر الغنى ثمانية وأربعون درهما يؤخذ منه في كل شهر أربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلي والصحابة متوافرون ولم ينكر عليهم أحد منهم فصار إجماعا وقال الشافعي رحمه الله يضع الإمام على كل حالم دينارا لما روينا قلنا كان ذلك بالصلح ولفظه يدل عليه فإنه قال إن على كل إنسان منهم دينارا ولم يجب

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٢١٨

على الكل إلا **بالتراضي** والصلح وأما الجزية التي يضعها الإمام ابتداء فليس له أن يضع إلا على الرجال والذي يدل على ذلك ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه ﴿ قال لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا ﴾ وهذا تصريح بأنها كانت بالصلح لأن الحالمة لا يؤخذ منها إلا به ولأنها وجبت نصرة على المقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض وهذا لأن نصر الدين واجب بالنفس والمال ونفسه لا تصلح بخلاف

". (١)

" (كتاب البيوع) وهو من الأضداد يقال : باع كذا إذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه ، وفي الخبر قال عليه السلام ﴿ لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه ﴾ أي لا يشتر على شراء أخيه لأن المنهي عنه هو الشراء لا البيع . وقال الفرزدق إن الشباب لرابح من باعه والشيب ليس لبائعيه تجار ويقع في الغالب على إخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله (هو مبادلة المال بالمال **بالتراضي**) وهذا في الشرع ، وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد **بالتراضي** ، وكونه مقيدا به ثبت شرعا لقوله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ وهو جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة وإجماع الأمة ، أما الكتاب فما تلونا وقوله

". (٢)

" تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ، وأما السنة فما روي أنه عليه السلام ﴿ باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فأقرهم عليه ﴾ ، وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازه وأنه أحد أسباب الملك ، قال رحمه الله (ويلزم بإيجاب وقبول) وقال الشافعي : لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام ﴿ المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ﴾ إذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ، ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون إلا **بالتراضي** لما فيه من الإضرار بالآخر بإبطال حقه كسائر العقود . وما رواه محمول على خيار القبول فإنه إذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم يأخذا في عمل آخر وفي لفظه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة البيع حقيقة ، وما بعده أو قبله مجازا كسائر أسماء الفاعلين مثل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بال أقوال كما في قوله تعالى ﴿ وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته ﴾ لأنه إذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها هذا تأويل محمد ، وقال أبو يوسف : هو التفرق بالأبدان بعد الإيجاب قبل القبول وقال عيسى هذا أولى لما عهدنا في الشرع أن الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكروه يوجب التمام ولا نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا أولى لكونه مرادا ، وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية التراد تأويل منه ، وتأويل

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٢٧٦

(٢) تبيين الحقائق، ٤/٢

الصحابي عندنا لا يكون حجة أو يجوز أن يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الآخر بذلك فيقطع الاحتمال بيقين احتياطا لئلا يحمله مخالفه عليه لا لأن مذهبه كذلك بدليل أنه قال ما أدركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع أي إذا هلك بعدها ، وقال عليه السلام ﴿ من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ﴾ من غير قيد به ، وأما قوله : إذ هما متبايعان بعد ال بيع فقد ذكرنا أن الحقيقة فيه حالة البيع ولأنه يحتمل أنه عليه السلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع كما سمى العصير خمرا وإسماعيل عليه السلام ذبيحا . وإنما كان له خيار القبول لأنه لو لم يكن له الخيار للزم البيع من غير اختيار الآخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب وللموجب أن يرجع في هذه الحالة لأنه ليس فيه إبطال حق الغير ، بخلاف ما إذا قضى الأصيل الدين للكفيل قبل أن يقضي الكفيل أو دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما أن يرجعا فيه لأن حق الكفيل

---

(١) ".

" والفقير تعلق به على تقدير أن يقضي الدين وأن يتم الحول والنصاب تام فلا يملك إبطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق كبعت أو اشتريت أو رضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا والإرسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس أدائهما وليس له أن يقبل بعض المبيع دون البعض وإن فصل الثمن إلا إذا كرر البائع لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك إن فصل الثمن بأن قال بعتك هذين كل واحد بكذا أو بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على أن البيع يتعدد بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن ، وكذا ليس له أن يفرق في القبض عند اتحاد العقد بإيفاء ثمن البعض أو إبرائه أو تأجيله قال رحمه الله (وبتعاط) أي يلزم بالتعاطي أيضا ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيسا أو نفيسا ، وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الأول لأن جواز البيع بـاعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد **التراضي** من الجانبين فوجب أن يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد أنه يكتفى بتسليم المبيع . قال رحمه الله (وأي قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب) معناه إذا أوجب أحدهما البيع ثم قام أحدهما الموجب أو الآخر قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة ، بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لأنه يمين من جهتهما والقبول شرط والأيمان لا تبطل بالقيام وعند الشافعي رحمه الله خيار القبول لا يمتد إلى آخر المجلس بل هو على الفور ولنا أنه يحتاج إلى التروي والفكر والتأمل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة إذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي رحمه الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بـكم العسر ﴾ وقال عليه السلام ﴿ يسروا ولا تعسروا ﴾ . وقال (ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار) لأن

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٤

" (١).

" إذ في كل واحد منهما فسخ على تقدير وإجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والإجازة لا في نفس الفسخ عند إرادة الفسخ ولا في نفس الإجازة عند إرادة الإجازة فلا يعد اختلافا ثم أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مرا على أصلهما في الزيادة على الثلاثة في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وأبو يوسف مع أبي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار أخذ بالنص في هذا وبالأثر في ذلك قال (فإن نقد في الثلاث صح) يعني فيما إذا شرطا أكثر من ثلاثة أيام ، وإنما صح لزوال المفسد وهذا بالإجماع ثم هذه المسألة على وجوه إما أن لا يبينا الوقت أو بينا وقتا مجهولا بأن يقول على أنه إن لم ينقده أياما أو بينا وقتا معلوما وهو أكثر من ثلاثة أيام فهو في هذه الصور كلها فاسد إلا أن ينقد في الثلاث لما قلنا أو بينا وقتا معلوما وهو الثلاثة أيام أو دونه فإنه يجوز لما بينا قال . (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام البيع لا يكون إلا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ، ولهذا ينفذ عتق البائع ويملك التصرف فيه دون المشتري وإن قبضه بإذن البائع قال (وبقبض المشتري يهلك بالقيمة) يعني إذا قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار فإن المشتري يضمن قيمته لأن المبيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء للبائع على المشتري كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبائع أن يلزم البيع إن شاء وإن شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لأن العيب لا يمنع الفسخ وإذا انفسخ العقد كان مضمونا على المشتري بالقبض بجميع أجزائه كالمغصوب ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشتري يتخير إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسخه كما في البيع المطلق وإذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لأن ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه وتسقط حصته من الثمن . قال (وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه) أي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه المشتري لأن البيع من جهة البائع لازم لأن الخيار شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل في حقه دون الآخر ، وإنما لم يملكه المشتري كي لا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهو عند أبي حنيفة ، وقالا : يملكه لأنه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لكان زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع وله أن الثمن لم يخرج عن ملكه لأن الخيار يعمل في حق من له الخيار ، ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع ولأن الخيار شرع نظرا له لينظر فيه هل هو موافق أم لا ؟ فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما إذا اشترى قريبه ل أ نه يعتق عليه فيعود على موضوعه بالنقض وجاز أن يوجد خروج ملكه بلا دخول في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء للكعبة ، وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا يقال على هذا تكون سائبة وهي منهي عنها لأنا نقول : الحال موقوف إن أجيز البيع يستند إلى وقت العقد فيتبين أنه ملكه من ذلك الوقت ، ولهذا كان له

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٤

الزوائد وإن فسخ بان أنه غير زائل عن ملكه فكيف يكون من السائبة مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه . قال (وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه) أي بسبب قبضه يضمن ثمنه إذا هلك كما يضمن إذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع

". (١)

" الصفقة لأنهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ، ولهذا أفاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في رضاهما خلل لما أفاد يحققه أن خيار العيب ثبت لفوات بعض أوصاف المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا أولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لأنه تفريق في الفسخ إذ لم يبق بعد تمامه إلا الفسخ ، ولهذا لا يملك أحدهما الفسخ به بعد القبض بل ينفسخ بقضاء القاضي أو **بالتراضي** ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط وخيار الرؤية وصار نظير القبول في الانفراد به كما صارا نظيريه فيه أي نظيري القبول في الانفراد به فيه . قال (ولا يورث كخيار الشرط) أي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لأن الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولأن الخيار وصف له فلا يجري فيه الإرث على ما بينا قال (ومن اشترى ما رأى خير إن تغير وإلا لا) أي إن لم يتغير لا يخير لأن العلم بالمبيع حصل بالرؤية الأولى وقد رضي به ما دام على تلك الصفة إلا إذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لأن الرضا بدون العلم بأوصافه لا يتصور ، وإنما يخير إذا وجده متغيرا لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة له بأوصاف المبيع فصار كأنه لم يره . قال (وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لأن الظاهر يشهد له إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وكذا سبب اللزوم قد ظهر فلا يصدق في دعواه التغير إلا ببينة إلا إذا بعدت المدة لأن الظاهر شاهد له ، ألا ترى أن الجارية الشابة تكون عجوزا بطول المدة قال (وللمشتري لو في الرؤية) أي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له مع يمينه . قال (ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب رده بعيب لا بخيار رؤية أو شرط) لأن الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لأنهما يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسألة فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الأئمة رحمه الله وعن أبي يوسف أنه لا يعود لأن الساقط لا يعود فصار كخيار الشرط

". (٢)

---

(١) تبيين الحقائق، ١٦/٤

(٢) تبيين الحقائق، ٣٠/٤

" والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان ، وإن أكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له أن يرد الباقي ولا أن يرجع بنقصانه لأنه كشيء واحد فلا يرد بعضه دون بعض كما إذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل ، وليس له أن يرد الباقي لأن الطعام كالشيء الواحد فيتعيب بالتبعيض وأكل الكل لا يمنع الرجوع فالبعض أولى وعنهما أنه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لأن التبعيض لا يضره ، وإن باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في المزال عن ملكه ولا في الباقي لأن امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقي . قال (ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا ووجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب) لأن الكسر عيب حادث إلا إذا رضي به البائع لأنه أسقط حقه ، وقال الشافعي رحمه الله إذا كسر منه مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يرده لأن البائع سلطه عليه فكأنه فعله بنفسه قلنا : رضي بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده لإمكانه قال (وإلا بكل الثمن) أي إن لم ينتفع به رجع بكل الثمن لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لأنه لا قيمة لقشره ، وكذا في الجوز إذا لم يكن لقشره قيمة ، وأما إذا كان لقشره قيمة بأن كان في موضع يوقد فيه قشره كما في مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لأنه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن لأن مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر . فإذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا ، وإن كان لقشره قيمة هذا إذا ذاقه فتركه فإن تناول منه شيئا بعدما ذاقه فلا يرجع عليه بشيء لأنه صار به آكلا للبعض وينبغي أن يكون على الخلاف الذي ذكرنا في الطعام هذا إذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان لأن كسره بعد العلم به دليل الرضا وقالوا هذا إذا وجده خاويا ، وإن كان فيه قليل لب شيء يأكله بعض الفقراء أو يصلح للعلف فهو من قبل العيب وحكمه ما ذكرناه وقالوا في بيض النعامة إذا وجده فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لأن ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا ، وإن وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد أو الاثنين من كل مائة فليس له أن يخاصم البائع بسببه ، وإن كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل باطل عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لأنه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لأنه ينقسم ثمنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقبل العقد لا يجوز عند الكل لأنه لم يفصل الثمن والأول أصح لما عرف من قواعدهم . قال (ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضا لا) أي لو اشترى شيئا ثم باعه فرد عليه بالعيب له أن يرده على بائعه إن كان رد عليه بقضاء لأن الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كأنه لم يبعه ، وإن كان الرد **بالتراضي** من غير قضاء القاضي لا يرده على بائعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة يرده للتيقن به عند البيع الأول والأصح أنه لا يرد عليه في الكل لأن الفسخ **بالتراضي** بيع جديد في حق غيرهما إذ لا ولاية لهما على غيرهما

". (١)

" بخلاف القاضي لأن له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا إذا كان الرد بعد القبض ، وإن كان قبله فله أن يرده على بائعه ، وإن كان بالتراضي في غير العقار لأن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل على ما نبينه في الإقالة إن شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة . والأظهر أنه بيع جديد في حق البائع الأول لأن العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لأنه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أبي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضي ببينة أو بإقرار أو بنكول لأن قضاءه فسخ في الكل ، وقال محمد : لا يرد على بائعه إن رد عليه ببينة لأنه أنكر قيام العيب به فيكون إقرارا منه على أنه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل إقرار ه ، وقال زفر رحمه الله لا يرده على بائعه إذا كان القضاء بإقرار أو نكول لأن إقراره لا يقبل في حق غيره فلا يكون حجة على بائعه فلا يصير فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا لأن القاضي مضطر إلى القضاء من جهته فانتقل الفعل إليه لأن فعل المكره منسوب إلى المكره قلنا لا ينتقل فعل المكره إلى المكره إلا فيما يصلح آلة له كما في القتل فإنه يمكنه أن يأخذه ويضربه ، وأما فيما لا يصلح فلا ينتقل إليه كما في الإكراه على الطلاق والعتاق لأنه يوقعهما بكلامه والمكره لا يصلح أن يكون آلة له فيه إذ لا يقدر أن يتكلم بلسان غيره والقاضي لا يصلح أن يكون آلة له فلا ينتقل إليه فإن قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الإقرار بالعيب كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بائعه قلنا المسألة مفروضة فيما إذا أقر بالعيب وأبى القبول فرده عليه القاضي جبرا . والفسخ لا يثبت بإقراره ولا بنكوله بل بقضاء القاضي فـينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان له أن يرده على بائعه لأنه لما فسخ العقد بينهما عاد إليه قديم ملكه فصار كأنه لم يخرجه عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضي حيث يكون رادا على الموكل لأن البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود هنا بيعان فبفسخ أحدهما لا ينفسخ الآخر فإذا عاد قديم ملكه كان له أن يرده لظهور الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان القضاء فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة ولكان لأبي البائع أن يدعي ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ أو بعده فيما إذا كان المبيع جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الأصل فكأنه لم يبع لأنا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الأحكام وهي ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوى الأب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع أو بالحوالة فلا تسقط بالفسخ ، أ لا ترى أن الواهب إذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الأحكام لا في حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين ، وقال شيخ الإسلام قول القائل بأن الرد بالقضاء فسخ للعقد وجعل له كأنه لم يكن متناقض لأن العقد

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٣٧

" (١) .

" من غير أن يقابله شيء وفي النذر تتحمل الجهالة وإن كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تتحمل الجهالة في المعاوضات وإن كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين ، ألا ترى أن الجهالة في الكفالة تتحمل في أصل الدين حتى لو تكفل بما ذاب له على فلان صح فبالوصف وهو الأجل أولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول أصلا فكذا في وصفه . قال (ولو أسقط الأجل قبل حلوله صح) أي لو باع إلى هذه الآجال ثم أسقط المشتري الآجال قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ، وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز لأن العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا بإسقاط المفسد كما إذا أسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما إذا تزوج امرأة إلى عشرة أيام ثم أسقط الأجل ولنا أن المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ، ولهذا اختلف الصحابة فيه فينقلب صحيحا ع ند إزالته أو نقول انعقد موقوفا فبالإسقاط تبين أنه كان جائزا على ما قاله مشايخنا هو الصحيح لأن فساده باعتبار أنه يفضي إلى المنازعة وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد والأول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بإزالة المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لأن الفساد فيه في صلب العقد لأنه في أحد العوضين وبخلاف الأجل في النكاح لأنه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا آخر ، وقوله ولو أسقط الأجل قبل حلوله أي لو أسقطه من له الحق فيه وهو المشتري لأن الأجل حقه فينفرد بإسقاطه ولا يشترط فيه **التراضي** وقول القدوري في مختصره فإن تراضيا بإسقاط الأجل وقع اتفاقا مخرج الشرط لأن رضا من له الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات جاز لأنه تأجيل الدين والجهالة في تأجيل الدين محتملة لخلو العقد عن المفسد ، بخلاف ما إذا كان ت في العقد لأن الجهالة مقارنة له فيفسد . قال (ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك) أما الأول فالمذكور على إطلاقه قول أبي حنيفة وعندهما إن بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية وإلا فلا لأنه إذا بين ثمنهما صارا صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمنا لأنه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وله أن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل وهذا لأن الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل ، وأما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة ، وقال زفر لا يصح لأن محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كأم الولد والمكاتب وق د جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الأول . والفرق بين الفصلين لأبي حنيفة مطلقا ولهما إذا لم يفصل الثمن أن المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينقض في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الأول الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلا فلو جاز البيع فيما ضم إليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما إذا ضم إليها المحرمة فعقد عليهما جملة لأن

---

(١) تبيين الحقائق، ٣٨/٤

النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحا والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع أن القاضي لو قضى

---

(١) ".

" ماسة إليه ، وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق **والتراضي** . قال (وتلقي الجلب) أي كره تلقي المجلوب وصورته أن واحدا من أهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن ، وإنما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه ﴿ أنه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع ﴾ رواه أحمد والبخاري ومسلم وعن أبي هريرة رضي الله عنه ﴿ أنه عليه السلام نهى أن يتلقى الجلب ﴾ الحديث رواه أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم من أئمة الحديث هذا إذا كان يضر بأهل البلد بأن كانوا في قحط وإن كان لا يضرهم فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين . قال رحمه الله (وبيع الحاضر للبادي) لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ لا تلقوا الركبان ولا يبع حاضر لباد ﴾ فقيل لابن عباس : ما قوله : لا يبع حاضر لباد ؟ قال : لا يكون له سمسارا رواه البخاري ومسلم وأحمد و غيرهم . وعن جابر أنه عليه السلام قال ﴿ لا يبع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ﴾ رواه مسلم وأحمد وأبو داود وغيرهم . ، وقال أنس رضي الله عنه ﴿ نهينا أن يبيع حاضر لباد وإن كان أخاه لأبيه وأمه ﴾ رواه البخاري وأحمد ومسلم ، وقال ابن عمر رضي الله عنهما ﴿ نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد ﴾ رواه البخاري والنسائي وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم ، وأما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو أن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب . قال (والبيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى ﴿ وذروا البيع ﴾ ولأن فيه إخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بأن قعدا للبيع أو وقفا له وذكر في النهاية أنهما إذا تبايعا وهما يمشيان فلا بأس به وعزاه إلى أصول الفقه لأبي اليسر وهذا مشكل لأن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأي والأذان المعتبر في تحريم البيع هو الأول إذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة قال (لا بيع من يزيد) أي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه . قال رحمه الله (ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه) سواء كان الآخر صغيرا مثله أو كبيرا لقوله عليه السلام ﴿ من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ﴾ رواه أحمد والترمذي وعن علي رضي الله عنه أنه قال ﴿ أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال أدركهما فارتجعهما ولا تبعهما إلا جميعا ﴾ رواه أحمد وفي رواية ﴿ وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم غ لامين أخوين فبعت أحدهما فقال لي ما فعل غلاماك فأخبرته فقال لي رده رده ﴾ رواه الترمذي وابن ماجه وعن أبي موسى قال ﴿ لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٦٠

وبين الأخ وأخيه ﴾ رواه ابن ماجه والدارقطني وعن علي رضي الله عنه ﴿ أنه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع ﴾ رواه أبو داود والدارقطني ولأن الصغير يستأنس بالصغير والكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي التفريق بينهما إيحاش الصغير وترك المرحمة عليه

". (١)

" أحد العوضين في المقايضة فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بأن كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك السلعة في غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سميا خلافه . وقال محمد هي فسخ إلا إذا تعذر جعلها فسخا بأن تقايلا بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا إلا أن لا يمكن جعله فسخا ولا بيعا بأن كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر فيبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الأول والبيع لا يجوز قبل القبض وبأقل من الثمن الأول يكون فسخا عنده بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا إذا سكت عن البعض لمحمد أن اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال الل هم أقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ، ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه ولأبي يوسف أنها تمليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي وهو البيع والعبرة للمعاني دون الألفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وبالعكس كفالة ، ولهذا يبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه أحكام البيع إلا إذا تعذر فيجعل فسخا لأنها موضوعة له أو تحتمله ولأبي حنيفة أنها تنبئ عن الفسخ والرفع والأصل في الكلام أن يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد أصلا ليحمل عليه عند التعذر . ولهذا لو أراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح ، وإنما لا يصح لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فحمل عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه . قال رحمه الله (وتصح بمثل الثمن الأول وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الأول) وهذا عند أبي حنيفة لأنه لما كانت الإقالة عنده فسخا والفسخ يرد على غير ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلا وشرط لعدم جواز اشتراط الأقل عدم التعيب عند المشتري ، وأما إذا تعيب عنده فيجوز بالأقل فيجعل الحط بإزاء ما فات بالعيب ، ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز أن

". (٢)

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٦٨

(٢) تبيين الحقائق، ٤/٧١

" وزنا لا عددا) وهذا عند أبي يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند أبي حنيفة لا يستقرض بهما وقد بيناه من قبل . قال رحمه الله (ولا ربا بين المولى وعبده) لأنه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا إذا لم يكن عليه دين مستغرق برقبته وما في يده وإن كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس بملك للمولى عند أبي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربا بينهما وإن كان عليه دين لأن له أن يأخذ كسب عبده المدين بعوض يعدله استخلاصا بغير شراء فجعل أخذا بهذا الطريق إلا أنه إذا أخذ منه درهمين بدرهم يرد الدرهم الزائد على العبد لأنه أخذه بغير عوض لا للربا حتى لو أخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لأن حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربا بينهما لأن الكل ما لهما وكذا شريكا العنان إذ ا تبايعا من مال الشركة وإن كان من غيره لم يجز . قال رحمه الله (وبين الحربي والمسلم ثمة) أي لا ربا بينهما في دار الحرب وكذلك إذا تبايعا بيعا فاسدا في دار الحرب فهو جائز وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي : لا يجوز لأن المسلم التزم بالأمان أن لا يتملك أموالهم إلا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما إذا وقع مع المستأمن منهم في دارنا ولهما ﴿ قوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ﴾ ولأن ما لهم مباح وبعقد الأمان لم يصر معصوما إلا أنه التزم أن لا يغدرهم ولا يتعرض لما في أيديهم بدون رضاهم فإذا أخذه برضاهم فقد أخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الإباحة السابقة إذ تأثير الأمان في تحصيل **التراضي** دون التملك فكان الملك في حق الحربي زائلا بالتجارة كما رضي به وفي حق المسلم ثابتا لاستيلائه على مال مباح بخلاف المس‍تأمن منهم في دارنا لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان ولو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فكذلك الحكم عند أبي حنيفة لأن ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه . باب الحقوق قال رحمه الله (العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق وبشراء منزل إلا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ودخل بشراء دار كالكنيف) أي لا يدخل العلو بشراء بيت وإن قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه وبشراء منزل لا يدخل إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه وبشراء الدار يدخل العلو وإن لم يذكر شيئا من ذلك كما يدخل الكنيف لأن البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص

". (١)

" التوفيق وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعي وإلا فلا يوفق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان . قال رحمه الله (ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الأمة فأنكر فللبائع أن يطأها إن ترك الخصومة) لأن المشتري لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه إذ الجحود كناية عن الفسخ لأن الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود إنكار للعقد من الأصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته ، فإذا ساعده البائع بترك

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٩٧

الخصومة تم الفسخ فحل له وطؤها وله أن يردها على بائعها بالعيب إن وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ **بالتراضي** حتى إذا أقام المشتري بعد ذلك بينة أنه اشتراها منه لا تقبل بينته ، وفي النهاية إذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري ليس له أن يردها على بائعها لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال أن ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق ث ا لث والأشبه أن يكون هذا التفصيل بعد القبض ، وأما قبل القبض فينبغي أن يرد عليه مطلقا لأنه فسخ من كل وجه في غير العقار ، فلا يمكن حمله على البيع لأن المبيع لا يجوز بيعه قبل القبض ، وقد بيناه من قبل ، فإن قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا نحن لا نثبته بمجرد العزم وإنما نثبته بالعزم واليمين أو بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع الخصومة إلى بيته أو بالاستخدام أو إمساكها بيده لأن التصرف فيها لا يحل إلا بالفسخ فكان فسخا دلالة إذ الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره أجرتك هذا الدابة يوما لتركبها فأخذها واستعملها كان ذلك قبولا منه دلالة لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول . قال رحمه الله (ومن أقر بقبض عشرة ، ثم ادعى أنه زيوف صدق) معناه إذا قال قبضت منه عشرة دراهم ، ثم ادعى أنها زيوف صدق سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا ، وكذا إذا ادعى أ نها نبهرجة ، ولو ادعى أنها ستوقة لا يصدق لأن اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز حتى في الصرف والسلم دون الستوقة ، والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في إنكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى حيث لا يصدق في دعواه الزيوف لأنه مناقض لأن الزيوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان الإقرار بقبض حقه مطلقا إقرارا منه بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ، ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين في البيع ، فإذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى عين حقه دلالة ، ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا ، فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالإقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ، ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا ، وفيما إذا أقر أنه قبض الثمن أو حقه أو استوفى ، ثم ادعى أنه كان زيوفا ينظر ، فإن كان مفصولا لا يصدق وهو المقصود بما ذكرنا

---

(١) ".

" حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور ، وإن كان غير منقود ينظر ، فإن كان الوكيل لا يملك الإنشاء بأن كان ميتا فالقول للآمر ، وإن كان يملك الإنشاء فالقول للمأمور عندهما وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر قال رحمه الله : (وإن قال : بعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الآمر أخذه فلان) أي رجل قال الآخر بعني هذا العبد لفلان ، فإني أشتريه له فباعه ثم

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/١٩٧

أنكر المشتري أن يكون فلان أمره فقال فلان أنا أمرته ، فإنه يأخذه لأن قوله بعني لفلان إقرار منه بأنه وكله ، فإذا أنكر الوكالة بعده صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال رحمه الله (إلا أن يقول لم آمره به) أي إلا أن يقول فلان المشترى له لم آمره بالشراء فحينئذ لا يأخذه بل يكون للمشتري لأن إقرار المشتري ارتد برده والإقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشتري لأن الشراء إذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال رحمه الله (إلا أن يسلمه المشتري إليه) أي إلى فلان المشترى له فيكون له بالتسليم لأن إقراره الأول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري ، فإذا سلمه بعد ذلك إلى فلان المشترى له وأخذه انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة فتكون العهدة عليه لأنه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيئا بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري إلى المشترى له ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس ، وإن لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود **التراضي** به وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ قال رحمه الله : (وإن أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له أحدهما صح) لأن التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز أن يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن أو أقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له أن يشتري بما لا يتغابن الناس فيه لأن الوكيل بالشراء ليس له أن يشتري بغبن فاحش بالإجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة على ما يجيء من الفرق بينهما له وبخلاف ما إذا قدر له ثمنهما ، فإن ذلك فيه خلاف في بعض صوره على ما يجيء وهي المسألة التي تلي هذه المسألة ولأنه قد يتعذر الجمع بينهما إلا بما لا يتغابن الناس في مثله فيكون شراء أحدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ قال رحمه الله (وبشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالأكثر لا إلا أن يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة) أي لو وكله بشراء العبدين بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصف الألف أو أقل جاز الشراء وبأكثر من نصف الألف لم يجز يعني لم يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت لأنه قابل الألف بالعبدين وقيمتهما سواء فينقسم عليهما نصفين دلالة فيكون أمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبأكثر منها إلى شر فلا يلزم الموكل إلا أن يشتري الباقي بما بقي من الألف قبل أن يختصما استحسانا لأن غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بألف قد حصل وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح بفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس في مثله ، وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جائز لأن التوكيل حصل مطلقا بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمسمائة والمطلق يحمل على المتعارف وهو الشراء بالقيمة أو بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه ولكن غرضه تحصيل العبدين بالألف فلا بد من أن يبقى من الألف قدر ما يشتري بمثله الباقي ليحصل غرضه قال رحمه الله : (وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ، ولو غير عين نفذ على المأمور) أي لو كان له دين على شخص فوكل الدائن المدين بأن يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل ، ولو وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للآمر بل ينفذ على المأمور حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور والألف عليه ، فإن قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم

____

". (١)

" لم يشتر حتى رد الشراء نفذ على المأمور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند أبي حنيفة رحمه الله على ما بينا والفرق له بينهما أن الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الإطلاق والتقييد فيتوقف على شراء الباقي ولا يقال : إن الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فبكيف يمكن القول بالتوقف لأنا نقول إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذا على العاقد ، وأما إذا لم يجد فيتوقف كشراء العبد والصبي المحجور عليهما لغيرهما بغير أمره ، فإنه يتوقف على إجازة من اشتري له لأنه لم يجد نفاذا على المشتري فكذا هنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لأنه إنما ينفذ عليه إذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الآمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف . فإن اشترى باقيه لزم الآمر و إ لا لزم المأمور ولا فرق فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه فلو أعتقه الآمر في زمن التوقف نفذ عتقه عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عتق المأمور وعند محمد رحمه الله بالعكس لأنه قد خالف فيما أمره به ، وإنما يتوقف عليه من حيث إن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفع الخلاف فقبل أن يشتري بقي مخالفا ، فإذا أعتقه الآمر لم ينفذ وأبو يوسف يقول : إن العقد موقوف على إجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صريحا نفذ عليه ، والإعتاق إجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ إعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ إعتاقه هكذا ذكره في النهاية معزيا إلى الإيضاح قال رحمه الله (ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة أو نكول رده على الآمر وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله) لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لـ ع دم ممارسته المبيع فلزم الآمر وإقراره ليس بحجة على الموكل ، وإنما يرده عليه إذا رد عليه بإقراره بعيب لا يحدث مثله لأن القاضي يعلم أن العيب كان في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى الإقرار ولا إلى البينة والنكول فحاصله أن العيب لا يخلو إما أن لا يكون حادثا كالسن الزائدة والإصبع الزائدة أو يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة أو يحدث في مثلها ، فإن كان غير حادث رده القاضي بغير حجة من بينة أو نكول أو إقرار وكذا إذا كان حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا إقرار لعلمه بكونه عند البائع وتأويل اشتراط البينة أو النكول أو الإقرار في الكتاب أن الحال قد يشتبه على القاضي بأن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج إلى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها للرد ح تى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج إلى شيء منها ، وإن كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم إن كان ببينة أو نكول لأن البينة حجة مطلقة ، وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على الوكيل يكون ردا على الموكل . وإن رده عليه في هذا النوع بإقرار بقضاء القاضي لا يكون ردا على الموكل لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يتعدى بخلاف ما إذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة أو بنكوله ، وإن رده عليه

____

(١) تبيين الحقائق، ٢٦٦/٤

بإقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يرده على الموكل لأنه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما إذا رده عليه بإقراره بقضاء قاض لأن الرد حصل بالقضاء فكان مكرها فانعدم **التراضي** وهو شرط في المعاوضة المالية فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند إلى دليل قاصر وهو الإقرار فعملنا بهما فمن حيث إن الرد فسخ كان للوكيل أن يخاصم الموكل ومن حيث إنه استند إلى دليل قاصر لزم الوكيل إلا أن يقيم حجة على الموكل ، وإن كان العيب غير حادث أو كان حادثا إلا أنه لا يحدث مثله في تلك المدة فرده على الوكيل بإقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له أن يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط . وذكر في البيوع أنه يكون ردا على الموكل لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع إليه إذ لا يكلفه القاضي إلى إقامة البينة ولا إلى الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعينا في الرد قلنا : الرد **بالتراضي** بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم أن الحق متعين في الرد بل يثبت حقه أولا

---

(١) ".

" شرب المتخذ من الحبوب أو العسل عندهما خلافا لمحمد رحمهما الله وقوله ، ولو مجهولا كشيء وحق أي ، ولو كان المقر به مجهولا بأن قال علي شيء أو حق يلزمه لأن الحق قد يلزمه مجهولا بأن يتلف مالا أو يجرح جراحة أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا أرشها ولا قدرها وهو محتاج إليه لإبراء ذمته بالإيفاء أو **التراضي** فلا يمنع صحة الإقرار بخلاف الشهادة لأنها لا تجوز إلا بالعلم قال الله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ وقال ﴿ عليه الصلاة والسلام إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ﴾ ولأن الشهادة لا توجب إلا بقضاء القاضي ولا يمكنه القضاء بالمجهول فيبطل إذ لا حاجة للشهود بدون العلم لأنها غير واجبة عليهم وبخلاف الجهالة في المقر له سواء تفاحشت الجهالة بأن قال علي ألف درهم لواحد من الناس أو لم تتفاحش بأن قال علي ألف لأحد هذين لأن المجهول لا يصلح مستحقا إذ لا يمكن جبره على ال بيان من غير تعيين المدعى فلا يفيد فائدته هكذا ذكر شمس الأئمة وذكر شيخ الإسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته أنها إذا تفاحشت لا يجوز ، وإن لم تتفاحش جاز لأن صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفي مثله يؤمر بالتذكر لأن المقر قد ينسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان لأنه قد يؤدي إلى إبطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله فصار نظير ما إذا أعتق أحد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لأن الإجبار على البيان لا يؤدي إلى إبطال حقه وبخلاف إعتاق أحد العبدين لأن العتق لم ينزل في المحل فلا يؤدي الإجبار إلى إبطال حقه ولأن المقر لهما إذا اتفقا على الأخذ من المقر واصطلحا بينهما أمكن دعواهما فيصح إقراره وقال في الكافي وهو الأصح ولو كان المقر عليه مجهولا بأن قال لك على أحدنا : ألف درهم لا يصح لأن المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية قال رحمه الله (ويجبر على بي ا نه) لأنه لزمه الخروج عما وجب عليه بالإقرار ، وهذا لأن كثيرا من الأسباب يتحقق مع الجهالة كالغصب الوديعة لأن الإنسان يغصب ما يصادف ويودع ما

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٢٧٣

عنده من غير تحر في قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع أو الإجارة لا يصح إقراره لأن هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والأصل فيه أنه متى أقر بمجهول ، وأطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على أنه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه ، وإن بين السبب ينظر فإن كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك وإن كان سببا تضره الجهالة كالبيع والإجارة لا يصح ولا يجبر ، ألا ترى أن القاضي لو رأى إنسانا يبيع شيئا غير معين أو يشتري بشيء من غير تقدير ثمن لا يجبره على الأداء فكذا إذا أقر به ، ولو عاينه يغصب شيئا لا يعرف قدره أو يودعه يأمره بالتسليم إلى صاحبه فكذا إذا أقر به قال رحمه الله (ويبين ما له قيم ة) لأنه أخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فإذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل ، وذلك مثل حبة حنطة أو قطرة ماء أو ما أشبه ذلك لأن مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري فيه التمانع ، ولو بين في الصبي الحر أو الزوجة لا يصح وقيل : يصح والأول أصح ، وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة ، وكذا لو أقر بغصب شيء لا يسمع منه إلا إذا بين ما له قيمة لأن لفظ الغصب يدل على أنه يجري فيه

". (١)

" لو وهب لأجنبية ، ثم تزوجها يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس وهو ما إذا وهب لزوجته ، ثم أبانها ليس له الرجوع في الهبة الأصل فيه أن الزوجية نظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتواد دون العوض كما في القرابة المحرمية فقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للأجنبي لأن المقصود فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع عند فواته ، ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فإن كانت أجنبية كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوج وإن كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة . قال رحمه الله (والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ﴾ ولأن المقصود منها صل ة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلما أو كافرا كالعتق بالملك ، ولو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي رجع فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا لا يرجع في الأولى وفي الثانية يرجع لأن الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى وله أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد . ألا ترى أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك ولأن الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا من المعنى ، والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا تتعدى إلى القاصرة ، ولو كانا جميعا ذوي رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي رحمه الله عن محمد رحمه الله أن قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن يرجع لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة ، وقال الهندواني ليس له أن يرجع في قولهم جم يعا لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع ، ولو وهب للمكاتب وهو ذو

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٥

رحم محرم منه فإن عتق لا يرجع لأن الملك استقر له فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وإن عجز فعند محمد رحمه الله لا يرجع لأن الكسب كان للمكاتب ، ثم انتقل إلى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب الأجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع لأنه بالعجز يظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة ، ولو كان المكاتب أجنبيا ومولاه قريب الواهب فإن عتق المكاتب رجع لأن الملك وقع للأجنبي وإن عجز فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه على ما مر . . قال رحمه الله (والهاء الهلاك) يعني هلاك العين الموهوبة فإنه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك إذ هو غير مضمون عليه قال رحمه الله (فلو ادعاه صدق) أي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة يصدق لأنه منكر لوجوب ال ر د عليه فأشبه المودع . قال رحمه الله (وإنما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأن ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضا أو بالقضاء ولأنه مختلف فيه بين العلماء وفي أصله وهى وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لأنه يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو إظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضاء أو الرضا فما لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة إلى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع لأنه أوان القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه وإن منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدي منه ، ثم إذا حصل الرجوع بالق ضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل ، وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب ، ولهذا لو رده في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث ولنا أن عقد الهبة انعقد موجبا حق الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم فإذا رفع رجع إليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة ، ولهذا لا يشترط

---

(١) ".

" الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتعين البطلان كعقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته . قال رحمه الله (وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف) لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا ، وإن مات أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي ، وقال زفر رحمه الله تبطل في نصيب الحي أيضا لأن الشيوع مانع من صحة الإجارة فيكون كالمقارن قلنا الشروط يراعى وجودها في الابتداء دون البقاء كالهبة وكالشهادة في النكاح . قال رحمه الله (وتفسخ بخيار الشرط) ، وقال الشافعي رحمه الله لا يصح اشتراط الخيار فيها لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله إن كان الخيار له إذ لا بد له من تلف شيء من المنفعة في مدة الخيار ، وإن كان

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/١٠١

للمؤجر فلا يمكنه ا لتسليم أيضا على الكمال لأن ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكن تسليمه ، وليس له تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع خيار الشرط بخلاف البيع لأنه يمكن رد جميع المعقود عليه فيه إذ المبيع عين تبقى ولنا أنه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالإقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع ، وهذا لأن الخيار شرع في البيع للتروي حتى إذا كان فيه غبن وخسارة يفسخ لأن الإجارة تقع من غير سابقة تأمل فيمكن أن تصادف غير موافق فيحتاج إلى إزالته فيجوز له اشتراطه كالبيع بخلاف النكاح فإنه لا يقع بغتة بل يتقدمه السوم والتأمل في الموافق فلا يحتاج فيه إلى التروي بعده فلا يحتاج إليه ولأن النكاح لا يقبل الفسخ بالإقالة فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد . ألا ترى أن الإجارة تفسخ بعيوب مضرة كالبيع ولا كذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم لأن شرط الخيار فيهما يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب ، فكذا بخيار الشرط للضرورة ، بخلاف المبيع لأنه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا ضرورة . ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفي البيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة فعلم بذلك أن هلاك بعض المعقود لا يؤثر في منع الفسخ ولا المضي فيها ولأن العقد في المنافع يقع متفرقا لأنه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار كل جزء من أجزاء المنفعة مستحقا بعقد على حدة فلا يتصور فيه تفريق الصفقة إذ هو لا يكون إلا فيما ملك بعقد واحد قال رحمه الله (والرؤية) أي تفسخ بخيار الرؤية أيضا ، وقال الشافعي لا يجوز استئجار ما لم يره للجهالة قلنا الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت تفضي إلى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي إليها لأنه إن لم يوافقه يرده فلا يمتنع ال جواز ، ثم إذا رآه ثبت له خيار الفسخ لأن العقد لا يتم إلا **بالتراضي** ولا رضا بدون العلم ، وقد قال عليه الصلاة والسلام ﴿ من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه ﴾ والإجارة شراء المنافع فيتناوله ظاهر الحديث لفظا أو دلالة . قال رحمه الله (و) تنفسخ (بالعذر وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه) أي موجب العقد (إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) أي بالعقد (كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع أو ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه أو حانوتا ليتجر فأفلس أو آجره ولزمه دين بعيان أو ببيان أو بإقرار ولا مال له غيره أو استأجر دابة لسفر فبدا له منه لا للمكاري) ، وقال الشافعي لا تنفسخ الإجارة بالإعذار إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان ومذهب شريح أن الإجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخها لأنها أجيزت للضرورة كالعارية

". (١)

" بقدره أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت حتى لو أتلفه إنسان لا يضمن إلا قيمة الثلثين فكان البدل بإزاء الثلثين ضرورة وليس هذا كما إذا أدى في حياته لأن استحقاق الثلث قد بطل فبطل التقدير الذي قلنا ، ألا ترى أن أم الولد إذا كاتبها ثم مات سقط عنها بدل الكتابة كله لاستحقاقها الحرية بجهة أخرى فكأن نفسها كانت سالمة لها بتلك الجهة ولو أدت البدل في حال حياته صح الأداء وعتقت به لبطلان استحقاقها بالأداء في حال حياته

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/١٤٥

. قال رحمه الله (وإن دبر مكاتبه صح) لأنه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق فيه بشرط الموت وهذا لأنه يملك رقبته وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية مهدرة . قال رحمه الله (وإن عجز بقي مدبرا) لوجود السبب الموجب له قال رحمه الله (وإلا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسرا) أي إن لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته وبين أن يسعى في ثلثي بدل الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : يسعى في الأصل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الإعتاق وعدم تجزيه على ما بيناه . أما المقدار هنا فمتفق عليه لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة إذ لم يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فإذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف ما إذا تقدم التدبير لأنه سلم له بالتدبير الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان على ما بينا . قال رحمه الله (وإن أعتق مكاتبه عتق) لأن ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق قال رحمه الله (وسقط بدل الكتابة) لأنه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالإعتاق مجانا ، والكتابة وإن ك ا نت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ **بالتراضي** بالإجماع وقد وجد من المولى بالإقدام على الإعتاق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض وبسلامة أكسابه لأن الكتابة تنفسخ في حق سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره على ما بيناه نفعا محضا . قال رحمه الله (وإن كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على نصف حال صح) والقياس أن لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطى له حكم المال ، وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربا ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لأنه تعليق العتق بشرط الأداء ولأنه شرع مع المنافي إذ الأصل أن لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده إذ العبد وما في يده لمولاه والأجل أيضا ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر بـخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا بالأجل فيه شبهة ولأن الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد على خمسمائة حالة . قال رحمه الله (مات مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالا والباقي إلى أجله أو رد رقيقا) معناه أن مريضا كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بالطريق الأولى فصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز وإن لم يكن له مال آخر وصار كله مؤجلا لأن له أن يطلقها بدون المال وهذا لأن ما زاد على ثلـثـي قيمته كان المريض متمكنا من أن لا يتملكه أصلا فإذا تملكه مؤجلا لا يثبت للورثة حق الاعتراض ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليه أحكام الإبدال من حق الأخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس بالمسمى كله فيما إذا باع ما يساوي ألفا بألفين . وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لأن البدل فيه

لا يقابل المال ولم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا لا يتعلق بالبدل وأصله المريض إذا باع دارا قيمتها ألف بثلاثة آلاف إلى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة فعندهما

". (١)

" والأثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولأنه عقد إرفاق حتى كان التأجيل فيها سنة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من إمهال مدة وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولأن الفسخ للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بمجرد الحلول فلا بد من إمهال مدة فكان ما اتفقا عليه أولى ولهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبا له عجز عن نجم فرده في الرق ولأن المقصود بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الأول وأنه قد فات فوجب تخييره ، كما لو توالى عليه نجمان وهذا لأن الكتابة قابلة للفسخ والإخلال بالنجم الواحد إخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع ولأنه لما مضى نجم ووجب عليه حصته صار كأنه كوتب على ذلك القدر حالا ، وفيه يقال له إما أن تؤدي المال حالا وإلا رددت في الرق فكذا هذا والمروي عن علي رضي الله عنه يفيد إثبات الفسخ إذ توالى عليه نجمان فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله لأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف من القاعدة . والتأخير إلى ثلاثة أيام إنما كان لأجل إمضاء موجب العقد لأن الأداء لا يتوجه إلا بعد انقضاء مدة النجم ولا بد للأداء من زمان فاستحسنا هذا القدر المذكور على أن يكون من باب التعجيل دون التأخير نظرا لهما وإظهارا للعذر إذ هي مدة ضربت لإظهار الأعذار كما في شرط الخيار وفي قصص الأخيار وإمهال المرتد وإمهال المدعى عليه للدفع بعد الحكم عليه وإمهال المدين للقضاء فإنه إذا استمهل ثلاثا يمهل ، وقوله عجزه وفسخها يعني الحاكم يحكم بعجزه لأنه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله ولاية عامة فيفسخ ، وقوله أو سيده برضاه يعني أو يفسخه المولى برضا المكاتب لأن الكتابة تقبل الفسخ بالتراضي بلا عذر فمع العذر أولى ، وإن لم يرض العبد فلا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا المكاتب كما إذا وجد المشتري في المبيع عيبا قبل القبض فإنه ينفرد بالفسخ وحديث ابن عمر يدل على ذلك وهذا لأن الكتابة تتم بقبض المولى البدل فما لم يقبض لا تتم فيفسخه مستبدا به إذا فات غرضه كما يستبد المشتري بالفسخ بالعيب قبل القبض قلنا العبد بعد العقد صار في يده فصار هذا فسخا بعد القبض فلا بد من القضاء أو الرضا . قال رحمه الله (وعاد أحكام الرق) أي إذا عجز عاد إلى أحكام الرق لأن الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لأجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد قال رحمه الله (وما في يده لسيده) لأنه ظهر أنه كسب عبده إذ هو كان موقوفا عليه أو على المولى على تقدير الأداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه . . قال رحمه الله (وإن مات وله مال لم يفسخ وتؤدى كتابته من ماله وحكم بعتقه في آخر حياته) وكذا يحكم بعتق أولاده وما بقي من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وبه أخذ

---

(١) تبيين الحقائق، ١٦٣/٥

علماؤنا وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما ترك فهو لمولاه وبه أخذ الشافعي رحمه الله له أن العقد لو بقي لبقي لتحصيل

" (١).

" وهو التراضي وفوات الشرط تأثيره في فساد العقد كالمساواة في الأموال الربوية فإنها شرط فيها لجواز البيع وفواتها يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار فإن شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط أو نقول لما وجد أصل البيع في محله لم ينعدم ذلك بالإكراه فكان ينبغي أن ينفذ كالطلاق إلا أن الشرع شرط للحل شرطا زائدا وهو التراضي ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه فلا يصير به البيع غير مشروع كما نهانا عن بيع الحنطة بالحنطة إلا بشرط المماثلة وأنه قدر زائد على ما يتم به البيع فكان النهي بهذا المعنى في حق غير المنهي عنه فلم يصر المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم شرط الجواز الزائد شرعا فكذا هنا فلم يبق الفرق بين هذا النهي وبين النهي عن بيع الربا إلا أن ما تتعلق به الحرمة هناك اتصل بالمبيع وصفا ، وفي مسألتنا اتصل بالعاقد وهكذا في البيوع الفاسدة كلها يتعلق النهي بالوصف فيكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض . فكذا هذا حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالإعتاق والتدبير جاز تصرفه فيه وإنما جاز بالإجازة لأن المفسد يرتفع بها وهو عدم التراضي فصار كسائر البياعات الفاسدة إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وإن تداولته الأيدي بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته بإذنه أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني ، ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الإمام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الإسلام وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي على أني متى قضيت الدين فهو لي فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به وينقض بيع المشتري كبيع المكره لأن الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع ما ذكرنا . ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الإمام أبو شجاع والإمام علي السغدي والإمام القاضي الحسن الماتريدي قالوا لما شرط عليه أخذه عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن لأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وبالعكس كفالة ، والاستصناع عند ضرب الأجل سلما ، فإذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به وأي شيء أكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين ، ولو استأجره البائع لا يلزمه أجرته كالرهن إذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه منهم الإمام نجم ا لدين النسفي فقال اتفق

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/١٧٠

" (١).

" صيانة لماله ونظرا له ألا ترى أن أهل منقذ طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ، ولو لم يكن الحجر مشروعا لأنكر عليهم ، قلنا : الحديث دليل لنا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم إلى ذلك وإنما قال له ﴿ قل لا خلابة ﴾ الحديث ، ولو كان الحجر مشروعا لأجابهم إليه ، وقولهم لم ينكر عليهم قلنا : النفي لا يحاط بالعلم ولعله أنكر عليهم إلا أنه لم ينقل إلينا وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع فكم من واقعات لم تنقل إلينا بل الظاهر أنه أنكر عليهم وما نقل إلينا من عدم إجابته ومخالفته لهم بالفعل دليل عليه . . قال رحمه الله (ودين وإن طلب غرماؤه) أي لا يحجر عليه بسبب دين ، ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن في الحجر إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم في ماله لأنه حجر عليه ولأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي بالنص فيكون باطلا قال رحمه الله (وحبس ليبيع ماله في دينه) لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وإيصالا للحق إلى مستحقه ولا يكون ذلك إكراها على البيع لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان إن شاء ببيع ماله وإن شاء بسبب آخر فلا يكون ذلك إكراها على البيع عينا ، وقالا : إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله إن امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالإقرار وبيعه بأقل من قيمته لما روي أن ﴿ معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ﴾ ولأن في الحجر عليه نظرا للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالإقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من إنسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه أو بالإقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان . ولأن البيع واجب عليه لإيفاء دينه حتى يحبس عليه ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة والإباء عن الإسلام قلنا التلجئة موهومة والواجب عليه قضاء الدين والبيع ليس بطريق معين لذلك بخلاف الجب والعنة والإباء لأن الواجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع الإمساك بالمعروف تعين الآخر والبيع غير متعين لقضاء الدين فلا ينوب القاضي فيه منابه كالمديون إذا كان معسرا فإن القاضي لا يؤجره ليقضي من أجرته الدين أو كانت امرأة لا يتزوجها ليقضي دينها من مهرها والحبس ليقضي الدين من أي طريق شاء من استقراض واتهاب وسؤال صدقة وبيع ماله بنفسه لا ليبيع فقط ولأن بيع ماله لو جاز للقاضي لما جاز له حبسه لأن فيه إضرارا بهما بتعذيب المدين وتأخير حق الطالب بلا فائدة فيكون ظالما وبيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان بإذنه استعان بالنبي صلى الله عل يه وسلم والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ أنه خالف أمر النبي صلى الله عليه وسلم حاشاه ولأن من شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ولم يوجد الرضا فكان فعل الحاكم باطلا . وقال عليه الصلاة والسلام ﴿ لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ﴾ ونفسه لا تطيب بفعل القاضي بغير رضاه فصار كالإجارة والتزويج على ما ذكرنا . قال رحمه الله (ولو ماله ودينه دراهم قضى بلا أمره) ، وكذا إذا كان كلاهما دنانير

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/١٨٣

لأن للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضي أن يعينه ، قال رحمه الله (ولو دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع في دينه) وهذا بالإجماع أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاستحسان والقياس أن لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا أن هذا الطريق غير م تعين لقضاء الدين فصار كالعروض ، وجه الاستحسان أنهما متحدان جنسا في الثمنية والمالية ، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة مختلفان في الصورة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الأغراض تتعلق بصورها وأعيانها وليس للقاضي

". (١)

" الدفع والفداء فيكون مختارا للفداء بالإعتاق عالما ، ولا كذلك هنا لأن المولى ليس عليه شيء ، وإنما يضمن باعتبار تفويت حقهم كإتلاف مال الغير ، وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه ، وكذا لو كان الجاني مدبرا أو أم ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختارا ، وهنا لا يجب لما بينا . قال رحمه الله : (وطولب بما بقي لغرمائه بعد عتقه) أي لغرمائه أن يطالبوه بعد الحرية إن بقي من دينهم شيء ، ولم تف به القيمة لأن الدين مستقر في ذمته لوجود سببه ، وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه إلا قدر ما أتلف فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه ولهذا كان لهم أن يتبعوا العبد بالكل ويبرئوا المولى عنه لأن دينهم عليه ، وإذا اختاروا اتباع أحدهما لا يبرأ الآخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لأن هناك الضمان واجب له على أحدهما فإذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر ضرورة ، وهنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة ، ولو أعتقه المولى بإذن الغرماء فلهم أن يضمنوا مولاه القيمة ، وليس هذا كإعتاق الراهن بإذن المرتهن ، وهو معسر لأنه قد خرج من الرهن بإذنه والعبد المأذون له لا يبرأ من الدين بإذن الغريم ذكره في المحيط . قال رحمه الله : (وإن باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته) لأنه متعد ببيعه وتسليمه إلى المشتري . قال رحمه الله : (وإن رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد) أي إذا رد المشتري العبد على البائع بالعيب بعدما ضمنه الغرماء قيمته رجع المولى بقيمته على الغرماء ، وكان حق الغرماء في العبد لأن سبب الضمان قد زال ، وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها إليه هذا إذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لأنه فسخ من كل وجه ، وكذا إذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط ، وإن رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ، ولا للمولى على القيمة لأن الرد بالتراضي إقالة ، وهي بيع في حق غيرهما ، وإن فضل من دينهم شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية . قال رحمه الله : (أو مشتريه) أي أو ضمنوا مشتريه ، وهو معطوف على البائع فتقديره ، وإن باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع ، وهو المولى قيمته أو ضمنوا مشتري

---

(١) تبيين الحقائق، ١٩٩/٥

العبد قيمته لأن كل واحد منهما متعد في حق الغرماء ، البائع بما ذكرنا ، والمشتري بالشراء والقبض والتغييب . قال رحمه الله : (أو أجازوا البيع ، وأخذوا الثمن) أي الغرماء إن شاءوا أجازوا البيع ، وأخذوا ثمن العبد ، ولا يضمنوا أحدا القيمة لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما إذا باع الراهن الرهن ثم أجاز المرتهن البيع بخلاف ما إذا كفل عن غيره بغي ر أمره ثم أجاز لأنها وقعت غير موجبة للرجوع ، ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الإجازة بل نفذت على الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ، ولا كذلك ما نحن فيه فحاصله أن الغرماء مخيرون بين ثلاثة أشياء إجازة البيع وتضمين أيهما شاءوا ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين ، وإن ضمنوا البائع سلم المبيع للمشتري وتم البيع لزوال المانع ، وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه ، وإن تويت القيمة عند الذي اختاروه لأن المخير

---

(١) ".

" لأن الحاكم لا يحكم إلا بطلبه فحصلت المبادلة **بالتراضي** . وقال أبو يوسف رحمه الله في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ، ولا يتصدق بالفضل عنده ، وقد بيناه من قبل ، وأما الذهب والفضة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما يملكهما الغاصب بضربهما دنانير أو دراهم أو أواني لما ذكرنا في غيرهما ، والجامع أنه أحدث فيه الصنعة المتقومة ، وفوت بعض مقاصده ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ، ولم تهلك من وجه ما ، ألا ترى أن الاسم لم يتغير ، ومعناه الثمنية ، وهو أيضا باق ، وكذا كونه موزونا باق أيضا حتى يجري فيه الربا باعتباره ، وكذا الصنعة فيهما غير متقومة أيضا مطلقا ألا ترى أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرهما ، وقال الكرخي والفقيه أبو جعفر : إنما ينقطع حق المالك عن الساجة إذا بنى ح ولها ، وأما إذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لأنه متعد في البناء عليها ، والساجة من وجه كالأصل لهذا البناء فيهدم للرد كما إذا بنى في الأرض المغصوبة ، وعند الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك كيفما كان فيهدم البناء ويأخذ ساجته لأنه وجد عين ماله فكان أحق به بالنص ، وعندنا انقطع حقه مطلقا في الصحيح لأن في قلعه ضررا بالغاصب ، وقال عليه الصلاة والسلام ﴿ لا ضرر ، ولا ضرار في الإسلام ﴾ وضرر الملك مجبور بضمان القيمة فلا يعد ضررا فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن آدمي أو أدخل لوحا مغصوبا في السفينة ، وكانت في لجج البحر هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة ، وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية معزيا إلى الذخيرة . قال رحمه الله : (ولو ذبح شاة أو خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب إليه أو ضمن النقصان) ، وكذا لو ذبح الجزور ، وقطع اليد أو الرجل كالذبح لأن هذه الأشياء إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل ، وفوات بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه ، وأخذه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه ليس له أن يضمنه النقصان

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢١٦

إذا أخذ اللحم لأن الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها ، وأمكن الانتفاع بلحمها بيقين والأول هو الظاهر لأنه نقصان باعتبار فوات بعض الأغراض على ما بينا آنفا ، ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لأنه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمن نصف قيمته مع أخذه لأنه

". (١)

" وخمر المسلم وخنزيره ، وهو معطوف على الحرة في قوله ، ولا تضمن الحرة أما منافع المغصوب فالمذكور مذهبنا ، وقال الشافعي رحمه الله تضمن لأن المنفعة مال متقوم مضمونة بالعقود كالأعيان لأن المال اسم لما تميل إليه النفس مخلوق لمصالحنا ، والمنافع بهذه الصفة ألا ترى أنه يصلح صداقا ، ولم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال بالنص ، ولولا أنها مال لما صحت صداقا ولهذا جازت الإجارة من العبد التاجر ، ولولا أنها مال لما ملك لأنه لا يملك العقد بغير المال ، وأوضح منه أن الأعيان إنما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها ، ومالا ينتفع به فليس بمال فإذا لم تصر الأعيان مالا إلا باعتبارها فكيف تنعدم المالية فيها ، وهي متقومة بنفسها لأن التقوم عبارة عن العزة ، وهي عزيزة بنفسها عند الناس ولهذا يبدلون الأعيان لأجلها بل تقوم الأعيان باعتبارها فيستحيل أن لا تكون هي متقومة ولنا أن عمر وعليا رضي الل‍ه عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ، ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية والأولاد مع علمهما أن المستحق يطلب جميع حقه ، وأن المغرور كان يستخدمها مع أولادها ، ولو كان ذلك واجبا له لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما ولأن المنافع حدثت بفعله ، وكسبه ، والكسب للمكاسب لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿كل الناس أحق بكسبه﴾ فلا يضمن ملكه ولأن الغصب إزالة يد المالك بإثبات اليد العادية ، ولا يتصور ذلك فيها لأنها أعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها ، وكذا إتلافها لأنه لا يخلو أما أن يرد عليها الإتلاف قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها ، وكل ذلك محال أما قبل وجودها فلأن إتلاف المعدوم لا يمكن ، وأما حال وجودها فلأن الإتلاف إذا طرأ على الوجود رفعه فإذا قارنه منعه وأما بعد وجودها فلأنها تنعدم كما وجدت فلا يتصور إتلاف المعدوم ولأنها لو كانت أم والا مضمونة لضمنت بالمنافع لكونها مثلا لها ، وهو أعدل فإذا لم تضمن بها لا يمكن أن تضمن بالأعيان لأن الأعراض ليست بمثل للأعيان لأن ما لا يبقى لا يكون مثلا لما يبقى ، وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع ، والإجارة أجيزت للضرورة أو لكونها برضا المتعاقدين ، وعند ذلك لا يشترط التساوي ألا ترى أن بيع الشيء بأضعاف قيمته يجوز ، ولا يجوز ذلك في ضمان العدوان فبطلت المقايسة فإذا لم يكن للمنفعة مثل لا يمكن القضاء ببدلها فيؤخر إلى دار الجزاء حتى يحكم الله له بمثله لأن عدم القضاء للعجز لا لعدم الحق ، والله على كل شيء قدير وبكل شيء عليم . فصار بمنزلة لكمة لا أرش لها في الدنيا أو إيذاء حصل له من غيره . وقوله : مال متقوم لا يسلم لأن المال عبارة عن إحراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر ، وذلك لا يتحقق في المنافع لما ذكرنا ، والدليل عليه أنه يقال فلان متمول إذ ا كان له مال موجود محرز مدخر ، ولا يقال فلان متمول ،

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٢٨

ولا مال له بالمأكول والمشروب وبكل ما يستعمله ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث في حق المريض حتى جاز له إعارة جميع ماله ، ولو كانت المنافع مالا لما جاز إلا من الثلث وجوازها مهرا باتفاقهما لأنها تصير مالا **بالتراضي** ولهذا جازت الإجارة من العبد التاجر ، وأحد الشريكين والمضارب والأب والوصي ، وقوله المال مخلوق لمصالحنا إلخ قلنا هو كذلك لكن بصفة الإحراز سمي مالا والمنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقائها على ما بينا ، وأما خمر المسلم وخنزيره فلعدم تقومهما في حقه للنهي الوارد فيهما قال رحمه الله : (وضمن لو كانا لذمي) أي ضمن متلف الخمر والخنزير إن كانا لذمي

". (١)

" يلحقه ضرر بتفريق الصفقة عليه ، ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه به لإعراضه ويقسم بين الباقين على عدد رءوسهم . وكذا لو كان أحد الشفيعين حاضرا والآخر غائبا فطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب أنه يستحق في النصف بطلت شفعته لأنه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة فإذا ترك في شيء منها وجد الإعراض فيه فسقط في الكل لكونه لا يتجزأ ، وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما ، ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف وللآخر أن يأخذ الكل أو يترك ، وليس له أن يأخذ النصف لما ذكرنا والباء في قوله بالبيع تتعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه تجب له الشفعة بعقد البيع أي بعده لا أنه سبب له لأن السبب هو الاتصال على ما بينا ، والشرط رغبة المالك عنها حتى إذا أقر بالبيع أخذها الشفيع لوجود رغبته عنها ، وقيل البيع هو السبب بدليل أن الشفيع لو أ سقط الشفعة قبل الشراء لا يصح لكونه إسقاطا قبل وجود سببه ، وهو البيع ، ولو كان السبب الاتصال لصح لكونه بعد وجود السبب . وجوابه أنه إنما لم يصح الإسقاط قبله لفقد شرطه ، وهو البيع لأن السبب لا يكون سببا إلا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق . قال رحمه الله : (وتستقر بالإشهاد) لأنها حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الإشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار كما أنه لا بد له من طلب المواثبة ، وهو أن يطلب كما سمع لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ الشفعة لمن واثبها ﴾ ، وقال عليه الصلاة والسلام ﴿ الشفعة كحل العقال ﴾ ولأن رغبته فيها بذلك تعلم ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ، ولا يمكنه ذلك إلا بالإشهاد . قال رحمه الله : (وتملك بالأخذ **بالتراضي** أو قضاء القاضي) أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لأن ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه إلى الشفيع إلا برضاه أو بحكم الحاكم لأن للحاكم ولاية عامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي عليه فكان أولى بذلك ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه إلا بأحد الأمرين المذكورين إلا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضي أحوط حتى كان للشفيع أن يمتنع من الأخذ إذا سلم المشتري له بغير قضاء لأن في القضاء زيادة فائدة ، وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه له فإذا كانت المشفوعة

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٣٤

تملك بأحد الأمرين فقبل وجود أحدهما لا يثبت له فيها شيء من أحكام الملك حتى لا تورث عنه إذا مات في هذه الحالة ، وتبطل شفعته إذا باع داره التي يشفع بها ، ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها ، والله سبحانه وتعالى أعلم . (باب طلب الشفعة) قال رحمه الله : (فإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب ثم على البائع لو في يده) أي إذا كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار فهذان طلبان فالأول طلب المواثبة والثاني طلب التقرير ، وفيه طلب ثالث ، وهو طلب الأخذ والتملك ، ولا بد من هذه الثلاثة أما الأول ، وهو طلب المواثبة فلما روينا وبينا من المعنى ، والشرط أن يطلب كما علم على الفور من غير تأخير ، ولا سكوت لأن سكوته بعد العلم يدل على

---

(١) ".

" وبعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى الأخذ ، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض ، أو بعده في الصحيح إلا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كي لا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لأنه كواحد منهم وكما إذا كان المشتري واحدا فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو سمى للكل جملة لأن العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في التعدد والاتحاد العاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة أو متعددة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم لأن حقوق العقد تتعلق بال ع اقد وهو أصيل فيه فيتحد باتحاده ويتعدد بتعدده ، ثم في الصحيح لم يفصل بين ما إذا كان بعد القبض أو قبله على ما بينا وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه فصل فقال إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لأنه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه وبعده لا يتضرر لأنه لم يبق له يد وجوابه أن له أن يحبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن – على ما بينا – فلا يؤدي إلى تفريق اليد عليه . قال رحمه الله (وإن اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقسمته) أي لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع أخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم ، أو بالتراضي لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ألا ترى أن الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد أن وقعت فاسدة للشيوع باعتبار أن ق بضه ناقص فيما يحتمل القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع فكذا ما يتم القبض وهذا لأن القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته ولا يقال القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض قسمته لأنا نقول القسمة إفراز من وجه ولهذا يجري فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٤٢/٥

يجري فيها أحكام البيع من رد بعيب ، أو خيار رؤية ومن حيث إنها إفراز لم يوجد فيها إلا القبض فباعتبار أنها مبادلة تملك وباعتبار أنها إفراز لا تملك فلا تملك بالشك وهذا لأن القياس أن لا ينقض من تصرفات المشتري شيئا لأنها صحيحة لصدورها عن مالك ولهذا لو باعه ، أو آجره يطيب له الثمن والأجرة وليس للشفيع فيه ملك ، وإنما يثبت له حق الأخذ وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير أن له أن ينقض تصرفات تبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فبقي على الأصل في حق البيع الأول وفي حق ماله حكم البيع الأول وهو القبض بجهته بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الأول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم إذا لم يكن للشفيع نقض قسمته كان له أن يأخذ نصيب المشتري في أي جانب كان لأنه استحقه بالشراء والمشتري لا يقدر على إبطال حقه فيأخذه وهو مروي

". (١)

" للافتراق قبل قبض أحد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما وكذا في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى إذ لا يجبر أحد على المعاوضة وكذا جاز لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشترياه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن إجراء الأحكام التي ذكرناها في المثلي إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم لما فيها من معنى الإفراز وفيها تكميل المنفعة ، والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس . وجاز الإجبار عليها لدفع الضرر عنهم ، والمبادلة قد يجري فيها الإجبار دفعا للضرر كالأخذ بالشفعة وقضاء الدين لأن المقبوض ليس عين الدين حقيقة ، وإنما هو بدل عنه وهذا لأن الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه وأن يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي أن يجيبه ، وإن كان أجناسا مختلفة لا يجبر عليها لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الإفراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع إمكان الوصول إلى حقه ، ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم قال رحمه الله (ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره) أي إذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس سواء كان من ذوات الأمثال ، أو لا ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الإبل لما بينا من المعنى . قال رحمه الله (وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر) لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولأن منفعته تعود إلى العامة كمنفعة القضاة والمقاتلة والمفتين فتك و ن كفايته في بيت المال لأنه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء . قال رحمه الله (وإلا نصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرءوس) أي إن لم ينصب قاسم رزقه في

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٦٢

بيت المال نصب قاسم يقسم بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الأجر على القسمة ، وإن كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم بينهم بالمباشرة ، ومباشرة القضاء فرض عليه ، ويقدر له القاضي أجر مثله كي لا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزق من بيت المال لأنه أروج وأرفق بالعامة وأبعد عن تهمة مواضعة القاضي مع القاسم ، وقوله بعدد الرءوس أي تجب عليهم الأجرة على عدد الرءوس ولا تتفاوت بتفاوت الأنصباء وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما يجيء بيانه من قريب إن شاء الله تعالى . قال رحمه الله (ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ، ول أنه لا بد من الاعتماد على قوله ، والقدرة على القسمة وذلك بالأمانة والعلم . قال رحمه الله (ولا يتعين قاسم واحد) لأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم أن يستأجروه ولأن القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا أن فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فتجوز **بالتراضي** كسائر المعاوضات والتحكيم إلا إذا كان فيهم صغير لأن تصرفه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه . قال رحمه الله (ولا يشترك القسام) أي يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا يتضرر الناس لأن الأجرة تصير بذلك غالية

(١) ".

" المورث ، ويرد عليه فيما باعه هو ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل ولا يقضى عليه وأما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن في القسمة قضاء على الغائب بإخراج الشيء من يده من غير خصم حاضر عنه وكذا إذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا إذا كان في يد مودعه أو في يد الصغير أو شيء منه لأنه يكون قضاء على الغائب ، أو على الصغير من غير خصم حاضر عنه لأن الأمين أو الصغير ليس بخصم ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم إذا أقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة لأنها قامت لإثبات ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل ولأن الورثة ينتصبون خصما عن الميت وينتصب بعضهم خصما عن بعض وقلما يكون الورثة كلهم حضورا فلو لم يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا وأما إذا حضر وارث واحد فلأنه لا يصلح أن يكون مخاصما ومخاصما فكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بينا لأنه إن كان خصما عن نفسه فليس أحد بخصم عن الميت والغائب ، وإن كان خصما عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي ينصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وجه الظاهر أن التركة قبل القسمة ، وإن كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٦٥

حتى لو أعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا للارتفاق في نصيبه فتكون القسمة على هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث إنه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث إنه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما إذا ادعى أجنبي على الميت دينا حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لأنه دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي أن ينصب الأوصياء عن الموتى لا عن الأحياء وإذا تعذر نصب الوصي والواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن سائر الشركاء وأن يكون مدعيا ومدعى عليه تعذر قبول البينة لأنها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة لأن الدعوى على الصبي الحاضر صحيحة كالكبير الحاضر إلا أنه عجز عن الجواب فينصب القاضي عنه وصيا ليجيب عنه خصمه بخلاف ما إذا كان الصغير غائبا لأن الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغائب وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسم لأن الموصى له شريك في ا لدار فصار كواحد من الورثة فانتصب هو خصما عن نفسه ، والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كما لو حضر وارثان ولو حضر الموصى له وحده وادعى لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة . قال رحمه الله (وقسم بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه) لأن فيها تكميل المنفعة إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي إجابتهم قال رحمه الله (وإن تضرر الكل لم يقسم إلا برضاهم) وذلك مثل البئر والرحا والحائط والحمام لأن القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض وهذا لأن الطالب للقسمة متعنت وهو يريد إدخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه الحاكم إليه لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز **بالتراضي** لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك ، وإن طلبوا منه لأن القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما إذا كان فيه إضرار أو إضاعة للمال لأن ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته قال رحمه الله (وإن انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط)

---

(١) ".

" أي صاحب الكثير كذا ذكر الخصاف رحمه الله ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والإنصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه إليه لأنه نصب لإيصال الحقوق إلى أهلها ودفع المظالم ولا يعتبر تضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك ، وإن لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع به لا يجيبه لأنه متعنت في طلب الضرر على نفسه لأن القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص على عكسه لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره ، والآخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي لأنه إن

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٦٨/٥

طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه ، وإن طلبها صاحب الكثير فقد طلب أن ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما والأصح ما ذكره الخصاف لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم ، وفي طلب صاحب القليل ذلك ، وقال ابن أبي ليلى : لا يقسم بطلب البعض إلا إذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لأن المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم في المنفعة ، وإذا أدت القسمة إلى الإضرار بالبعض لم تكن مشروعة لأنها تقع على ضرر فصار كما إذا كان كلهم لا ينتفعون وكما إذا طلب صاحب القليل قلنا إن طالب القسمة يطلب حقه وأن ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إيصال حقه على ما بينا والضرر الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد ضررا فلا يبالى به ولا يمنع الحكم بالعدل كما في سائر المواضع لأن المحكوم عليه لا بد له من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل أحد إلى حقه . قال رحمه الله (ويقسم العروض من جنس واحد) لأن اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عن اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضي الإجبار عليها قال رحمه الله (ولا يقسم جنسان والجواهر والرقيق والحمام والبئر والرحا إلا برضاهم) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد **التراضي** دون جبر القاضي لأن إجباره عليها على اعتبار التمييز وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحشة ألا ترى أنها لا يصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا تقسم الكبار منها لفحش التفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل إذا اختلف جنسها لا تقسم ، وإن اتحد تقسم كسائر الأجناس . وأما الرقيق فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس ، والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الإبل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين وصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولأبي حنيفة رحمه الله أن التفاوت في الرقيق فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لأن من العبيد من يصلح للأمانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشيء منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر الإفراز والتمييز فلا تكون قسمة ، وإنما هي مبادلة ولا جبر عليها بخلاف سائر الحيوانات لأن الانتفاع بها لا يختلف إلا شيئا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر رأس المال لم يتبين الربح

". (١)

" ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين . وقسمة الغنائم تجري في الأجناس فلا تلزم لأن حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للإمام أن يبيع الغنائم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنائم ليس له أن يبيع ملك غيره إلا بإذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لأنها مبادلة وهذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٦٩

آخر من العروض وهم ذكور فقط أو إناث فقط وأما إذا كانوا مختلطين بين الذكور والإناث لا يقسم بالإجماع لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف ولا يقسم الجنسان ، وإن كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالإجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شيء يدخل تبعا ، وإن لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب والطريق يدخل في بيع الأرض تبعا ولا يجوز بيعه وحده وأما الحمام والبئر والرحا فلما ذكرنا من إلحاق الإضرار بالكل . قال رحمه الله (دور مشتركة ، أو دار وضيعة ، أو دار وحانوت قسم كل واحد على حدة) أما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تقسم الدور بعضها في بعض إذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لأن الدور جنس واحد نظرا إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى أجناس نظرا إلى اختلاف الأغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا إلى رأي القاضي وهذا لأن المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفي المالية ، والمقصود دفع الضرر عن الشركاء ، وإذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه ، وإذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الرأي إليه ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدور أجناس مختلفة لأن المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب إلى الم سجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار إلا **بالتراضي** ألا ترى أن التوكيل بشراء دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشراء ثوب وفي التزوج على ثوب وهذا يؤذن بأن الجنس مختلف فهذا هو الأصل لامتناع القسمة . ولا تجوز إلا في متحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا يجمع بينهما في القسمة إلا بتراضيهم وكذا الإبل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والأواني منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الأجناس لما ذكرنا واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررا وكذا إذا كانت في محلة أو محال لما ذكرنا من الضرر ، والتفاوت أيضا يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لأنه بين الدار والبيت فأخذ شبها من كل واحد منهما والدور في مصرين لا تقسم بالإجماع فيما رواه هلال وعن محمد رحمه الله أنها تقسم وأما الدور والضيعة أو الدور والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف رحمه الله وقال في إجارة الأصل إن إجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيحتمل أن يكون في المسألة روايتان ، أو تبنى حرمة الربا فيها على شبهة المجانسة . قال رحمه الله (ويصور القاسم ما يقسمه) أي على قرطاس ليمكنه حفظه قال رحمه الله (ويعدله) أي يسويه على سهام القسمة ، ويروى ويعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره قال رحمه الله (ويذرعه ويقوم البناء) لأن قدر المساحة يعرف بالذرع ، والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من تقويم الأرض وذرع البناء لما ذكرنا قال رحمه الله (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لأن القسم ة لتكميل المنفعة وبه تكمل لأنه إذا لم يفرز يبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الأفضل فإن لم يفرزه ، أو لم يمكن جاز قال رحمه الله (ويلقب الأنصباء بالأول والثاني

" (١) .

" والمسيل لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار أنه تكميل وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره لأن كل المقصود فيها الانتفاع وهو لا يحصل إلا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر . ولو اختلفوا في إدخال الطريق في القسمة بأن قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم فإن كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للإفراز من كل وجه ، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار بطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه إن كان فوق الباب لا فيما دونه لأن باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه ولأن في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في السلوك فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم من الدار لأن القسمة وقعت فيما وراءه ولم تقع فيه فبقي على الشركة كما كان ولو شرطوا أن تكون الطريق في الدار على التفاوت جاز ، وإن كانت سهامهم في الدار متساوية لأن القسمة على التفاوت **بالتراضي** في غير الأموال الربوية جائزة ، وإن كان ذلك أرضا يرفع قدر ما يمر فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور . قال رحمه الله (سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة) وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم بالذرع لأن القسمة بالذرع هي الأصل في المذروع والكلام فيه والمعتبر التسوية في أصل السكنى لا في المرافق ولمحمد رحمه الله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والإصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة ، ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره فإن أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد أجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة بينهم فإن أبا حنيفة يقول : لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى أيضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعف العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى وأبو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فإن كل واحد من صاحب العلو والسفل أن يفعل ما لا يضر بالآخر حتى كان لصاحب العلو أن يبني إذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل أن يحفر إذا لم يضر بص ا حب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول : العلو والسفل بناء ، والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة لأن في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كما في مكة ومصر ، وفي بعضها قيمة السفل أكثر كما في الكوفة وقيل في موضع تكثر النداوة فيه والسبخ يختار العلو ، وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل وربما يختلف

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٧٠

ذلك أيضا باختلاف الأوقات كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة فيهما إلا بالقيمة ثم قول محمد رحمه الله لا يحتاج إلى التفسير ، وتفسير قول أبي حنيفة أن يجعل بمقابلة شيء من العلو المجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لأن السفل عنده ضعف العلو فيقابل السفل من البيت الكامل ثلثي العلو المجرد فبقي العلو من البيت الكامل يقابل الباقي من العلو المجرد وهو الثلث فاستويا ويجعل بمقابلة شيء من السفل المجرد قدر ثلثيه من البيت الكامل لأن السفل منه مثل السفل من السفل المجرد فلا يتفاوتان فبقي الثلث من السفل المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ، ويجعل بمقابلة شيء من العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد لأن السفل يقابل ضعفه من العلو وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بمقابلة شيء من

---

(١) ".

" السفل المجرد ، أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو نصفه الآخر السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بمقابلة شيء من السفل المجرد قدره من العلو المجرد لما ذكرنا . قال رحمه الله (وتقبل شهادة القاسمين إن اختلفوا) أي إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي أو من غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد إنهما شهدا على فعل أنفسهما لتصحيح تصرفهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لأن فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز ولأنه لا يصلح أن يكون مشهودا به لأنه غير لازم ، وإنما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله : إذا قسما بأجر لا تقبل شهادتهما بالإجماع ، وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل ، قلنا : هما لا يجران بهذه الشهادة مغنما إلى أنفسهما لأن الخصوم توافقهما على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز ، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكرا . قال رحمه الله (ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لم يصدق إلا ببينة) لأن القسمة من العقود اللازمة ، والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل إلا بحجة ، و إ ن لم يقم بينة استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم فإذا أنكروه حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما لأن نكوله حجة عليه كإقراره فلا يكون حجة على غيره قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لأنه مناقض ، وإليه أشار من بعد حيث شرط للتحالف أن لا يشهد على نفسه بالاستيفاء ، ويشير بذلك إلى أنه لو أشهد على نفسه

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٧٢

بالاستيفاء لا يتحالفان لأن دعواه لم تصح للتناقض فإذا منع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا لأنه قد أشهد على نفسه بالاستيفاء فوجب أن لا تقبل دعواه . قال رحمه الله (وإن قال استوفيت وأخذت بعضه صدق خصمه بحلفه) أي لو قال استوفيت حقي وأخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر فالقول قول المنكر . قال رحمه الله (وإن لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم إليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لأن الاختلاف فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن . قال رحمه الله (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ) وهذا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي فظاهر لأن تصرفه مقيد بالعدل والنظر وأما إذا كانت **بالتراضي** فقد قيل : لا يلتفت إلى قول من يدعيه لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود **التراضي** وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره في الكافي وقال أبو جعفر الهندواني يجوز أن يقال لا تصح هذه الدعوى لأن القسمة بمعنى البيع فلا تنقض لظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع ، وإذا وقعت بالقضاء يجب نقضها بالغبن الفاحش لأنه حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الأب والوصي ينقض بالغبن

". (١)

" أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد ، والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ في التكميل ولو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما لأنها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة في الاستئناف ثم لو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن أحدهما بعضها والآخر البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل جازت لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة لأنه لو كان مبادلة لما صح لأنها لا تجوز في الجنس الواحد نسيئة للربا وقيل هو إفراز من وجه عارية من وجه ، وإنما قيل ذلك خشية الربا ، وكلا القولين مشكل لأن كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن يكون إفرازا للكل أو عارية في البعض والعارية أيضا غير لازمة والمهايأة لازمة وقيل : هو إفراز من وجه ، مبادلة من وجه كقسمة الأعيان والأوجه أنها إفراز من كل وجه في المهايأة في المكان ، ولهذا لا يشترط فيها التأقيت وجاز لكل منهم أن يستغل ما أصابه بالمهايأة على الظاهر ، شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والإجارة وفي المهايأة في الزمان إفراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه ، وإنما قلنا ذلك لأن معنى الإفراز يتحقق في المهايأة في المكان دون الزمان وكذا لو تهايآ في الزمان في عبد واحد جاز لأنها متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بالاتفاق لأن التهايؤ في المكان أعدل – لاستوائهما في زمان الانتفاع وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر فكان أعدل – وفي الزمان أكمل لأن كل

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٧٣

واحد ينتفع في نوبته بجميع الدار فكان أكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايآ في عبدين على الخدمة جاز أما عندهما فظاهر لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة ، وأما عند أبي حنيفة فروي عنه أنه لا يجوز إلا **بالتراضي** لأن قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا منفعته والأصح أن القاضي يهايئ بينهما جبرا بطلب أحدهما لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا لأن العادة جرت بالمسامحة في طعام المماليك فلا تفضي الجهالة إلى النزاع ، ونظيره استئجار الظئر بطعامها وكسوتها لجريان العادة بالمسامحة لأجل الولد بخلاف كسوة المماليك لأنه لا تسامح فيها عادة ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ، ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لأن الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتهما وكذا عنده لأن المنافع فيهما لا تتفاوت فيجوز ويجبر الآبي منهما ويعتبر إفرازا كالأعيان المتقاربة بخلاف القسمة لأن التفاوت في أعيانهما فاحش فالتحقت بالأجناس المختلفة وصارت مبادلة وقيل عنده يجوز **بالتراضي** ولا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه أنه لا يجوز التهايؤ فيه أصلا لا بالجبر ولا **بالتراضي** لأنه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز على ما مر في الإجارة بخلاف قسمة رقبتهما حيث تجوز **بالتراضي** لأن بيع إحداهما بالأخرى جائز ، وفي الظاهر أن قوله كقولهما ، وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما

". (١)

" تزوجتها ، وهي مرتدة أو أختك من الرضاع لم يتزوج بأختها ، ولا بأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته ، وإنكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته بعد النكاح حيث يقبل خبر الواحد فيه لأن القاطع طار والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا ، وعلى هذا الأصل يدور الفرق ، ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لا يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع بخلاف ما تقدم ، وهو ما إذا كان المنافي طارئا . قال رحمه الله (وكره لرب الدين أخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر) معناه إذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين خمرا ، وأخذ ثمنها ، وقضى به الدين لا يحل للدائن أن يأخذ ثم ن الخمر بدينه ، وإن كان البائع كافرا جاز له أخذه والفرق أن البيع في الوجه الأول باطل لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له أخذه من البائع ، وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الكافر ، وملكه البائع فيحل الأخذ منه بخلاف المسلم لما ذكرنا ، وفي النهاية عن محمد هذا إذا كان القضاء والاقتضاء **بالتراضي** فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن ، ولم يعلم

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/٢٧٦

القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه ، وهو مشكل فإنه مال الغير فكيف يطيب له ومحمد رحمه الله أيضا لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطنا ، وإنما ينفذ ظاهرا فقط عنده ، وعلى هذا إذا مات مسلم ، وترك ثمن خمر باعها هو لا يحل لورثته أن يأخذوا ذلك لأنه كالمغصوب ، وقال في النهاية قال بعض مشايخنا كسب المغنية كالمغصوب لم يحل أخذه ، وعلى هذا قالوا لو مات رجل ، وكسبه من بيع الباذق أو الظلم أو أخذ الرشوة يتورع الورثة ، ولا يأخذوا منه شيئا ، وهو أولى لهم ، ويردونها على أربابها إن عرفوهم ، وإلا تصدقوا بها لأن سبيل الكسب الخبيث التصدق إذا تعذر الرد على صاحبه . قال رحمه الله (واحتكار قوت الآدمي والبهيمة في بلد يضر بأهله) أي يكره الاحتكار في القوت إذا كان يضر بأهل البلد لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ﴾ ولأنه تعلق به حق العامة ، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم ، وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لأنه حابس ملكه عن غير إضرار بغيره ، وتلقي الجلب على هذا التفصيل ، وقد ذكرناه في البيوع . وتخصيص الاحتكار بالأقوات قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف كل ما ضر بالعامة حبسه فهو احتكار ، وإن كان ثيابا أو دراهم ونحو ذلك اعتبارا لحقيقة الضرر إ ذ هو المؤثر في الكراهة ، وهما اعتبرا الضرر المتعارف المعهود ثم المدة إذا قصرت لا تكون احتكارا لعدم الضرر ، وإذا طالت تكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين ليلة لقوله عليه الصلاة والسلام

---

(١) ".

" . إذا تقادم العهد ، ويستدل على ذلك بالمحفور لإجراء الماء فيه إليها ، وكذا لو أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى تنتهي إلى الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقي الأخرى ، وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق بخلاف ما إذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لأن المارة لا تزداد ، وله حق المرور ، ويتصرف في خالص ملكه ، وهو الجدار بالرفع ، ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص ، وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كي لا تنز ليس له ذلك لما فيه من الإضرار بالآخر ، وكذا إذا أراد أن يقسم النهر مناصفة لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد **التراضي** لصاحب السفل أن ينقض ذلك ، وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب لا مبادلة لأن مبادلة الشرب بالشرب باطلة ، وكذا إجارة الشرب لا تجوز لما عرف في موضعه فتعينت الإعارة . وهذا لأن القسمة بالكوى قد تمت ، وليس لأحدهما أن ينقض تلك القسمة فإذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه لصاحبه فيرجع فيها هو أو ورثته أي وقت شاء ولأن العارية غير لازمة . قال رحمه الله : (ويورث الشرب ، ويوصى بالانتفاع بعينه ، ولا يباع ، ولا يوهب) والفرق أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه ، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين

---

(١) تبيين الحقائق، ٢٧/٦

والقصاص والخمر فكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرر أو الجهالة أو لعدم الملك فيه للحال أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل ، وكذا لا يضمن بعقد والوصية ببيعه وهبته والتصدق به مثل بيعه فلا يجوز بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا ، وكذا لا يصلح مسمى في النكاح ، ولا في الخلع ، ولا في الصلح عن دم عمد أو عن دعوى لكن هذه العقود صحيحة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ، ولا يملك الشرب لأنه لا يملك بسائر الأسباب فكذا بهذا السبب ، ويجب على الزوج مهر المثل ، وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر ، وعلى القاتل الدية وللمدعي أن يرجع على دعواه لبطلان المسمى ، ولو مات ، وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الأرض لما ذكرنا ، وإن لم يكن له أرض قيل يجمع الماء في كل نوبته في حوض فيباع الماء إلى أن يقضي دينه من ذلك ، وقيل ينظر الإمام إلى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب إليها فيبيعهما برضا صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض بدون الشرب ، وإلى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت والسبيل في معرفة قيمة الشرب إذا أراد قسمة الثم ن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه ، وهو نظير ما قال بعضهم في العقر الواجب بشبهة ينظر إلى مثل هذه المرأة بكم كانت تستأجر على الزنا فذلك القدر هو عقرها في الوطء بشبهة . وإن لم يجد اشترى على تركة هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب إليها وباعهما فيؤدي من الثمن ثمن الأرض المشتراة ، والفاضل للغرماء . قال رحمه الله : (ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن) لأنه مسبب ، وليس بمتعد فيه فلا يضمن لأن شرط وجوب الضمان في التسبب أن يكون متعديا ألا ترى أن من حفر بئرا في أرضه لا يضمن ما عطب فيها لما قلنا ، وإن حفر في الطريق يضمن ، وإنما قلنا إنه ليس بمعتد لأن له أن يملأ أرضه ماء ، ويسقيها قالوا هذا إذا سقى أرضه سقيا معتادا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة ، وأما إذا سقاها سقيا لا تحتمله أرضه فيضمن ، وهو نظير ما لو أوقد نارا في داره فاحترق دار جاره فإنه إن كان أوقد مثل العادة لا يضمن ، وإن كان بخلاف العادة يضمن ، وكان الشيخ الإمام إسماعيل يقول إنما لا يضمن بالسقي المعتاد إذا كان محقا فيه بأن سقى أرضه في نوبته مقدار حقه ، وأما إذا سقاها في غير نوبته أو في نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدي في السبب ، والله أعلم .

".(١)

"كان على ما ذكرنا ، ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لأن استعماله في حاجة الصغير ليس بتعد في حقه ، وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا لو أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لما أن له ولاية الأخذ ، فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن فيأخذه بدينه إن كان قد حل ، ويرجع الوصي على الصغير لأنه ليس بمتعد في حقه بل هو عامل له ، وإن كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذه به ، ويرجع الوصي على الصبي لما ذكرنا . قال : رحمه الله (وصح

---

(١) تبيين الحقائق، ٤٣/٦

رهن الحجرين والمكيل والموزون) والمراد بالحجرين الذهب والفضة ، وإنما جاز رهن هذه الأشياء لإمكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن قال رحمه الله (فإن رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة) لأن الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجن س في الأموال الربوية ، وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله يصير مستوفيا عنده إذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته أو كثرت لما ذكرنا ، وعندهما إن لم يكن في اعتبار الوزن إضرار بأحدهما بأن كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك ، وإن كان فيه إلحاق ضرر بأحدهما بأن كانت قيمته أكثر من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لأنا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة أو رداءة وأسقطنا القيمة فيه أضررنا بأحدهما ، ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها أدى إلى الربا فتعين ما ذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول : إن الجودة ساقطة عند المقابلة بالحبس في الأموال الربوية واستيفاء الجيد بالرديء أو بالعكس جائز عند التراضي به هنا ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان عليه لعدم المطالبة و لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه ، فتعذر التضمين بتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى زيوفا مكان الجياد ثم علم بالزيافة ، وهي معروفة وقيل لا يصح البناء لأن محمدا فيها مع أبي حنيفة رحمهما الله في المشهور عنه وفي هذه مع أبي يوسف وقال قاضيخان : إن البناء صحيح لأن عيسى بن أبان قال قول محمد أولا كقول أبي حنيفة وآخرا كقول أبي يوسف رحمه الله ولئن كان مع أبي حنيفة رحمه الله فالفرق له أن الزيوف في تلك المسألة قبضه استيفاء لحقه وقد تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفي من غيره ، فلا بد من نقض القبض وقد أمكن بالتضمين ثم الأصل فيه عند أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة للوزن دون الجودة والصياغة لأن الوزن أصل والجودة وصف فلا يعتبر الوصف إلا عند الضرورة كما في الوصايا والتصرف في أموال الصغار ، وعند الانكسار فيما إذا كان الرهن مصوغا يضمن المرتهن قيمة المضمون منه بالغا ما بلغ ولا يضمن ح صة الأمانة إن كان بعضه أمانة ، ويملك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن وخرج ذلك من أن يكون رهنا ، وجعل الضمان رهنا مكانه وإن شاء الراهن أن يفتك المنكسر بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين لأنه حكم جاهلي والأصل عند أبي يوسف رحمه الله أن الجودة والصياغة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان لأنها متقومة حقا للعبد ولا تجعل تبعا إذا لم يؤد إلى الربا كما يعتبر في الوصايا ، وفي مال الصغير حيث يعتبر خروج الجودة من الثلث ولا يجوز لولي الصغير أن يبيعه بمثله من جنسه وقيمته أنقص منه ، فإذا اعتبرت الجودة صارت كأنها عين فتنضم إلى الوزن فبقدر الدين من المجموع صار مضمونا والباقي أمانة ، ثم عند الهلاك يصير مستوفيا ما لم يؤد إلى الإضرار بأحدهما أو الربا فإن أدى إليه ضمن المرتهن المضمون منه من خلاف جنسه وجعل رهنا مكانه وملك الرهن على ما بينا ، وعند الانكسار هو بالخيار إن شاء ا فتكه بجميع الدين ، وإن شاء ضمنه قيمة الرهن كلها إن كان كله مضمونا وإن كان بعضه أمانة يضمنه قدر المضمون منه ويملك المرتهن من الرهن بحسابه وتكون الأمانة رهنا على حاله مع الضمان وتفصل الأمانة منه كي لا يلزم رهن المشاع وليس له أن يجعل المنكسر بالدين لما ذكرنا

". (١)

" لأنه لم يثبت للصبي فيما ادعاه الأب له ملك ولا معنى الملك ، وهو التمكن من الأخذ فكان محصلا له مالا من غير أن يخرج من ملك الصبي شيئا بمقابلته فكان نفعا محضا ، وإن كان له بينة عادلة لا يجوز إلا بالمثل ، وبأقل قدر ما يتغابن فيه لأنه صار في معنى الملك لتمكنه من الأخذ منه بالبينة العادلة ، ووصي الأب في هذا كالأب لأنه قائم مقامه . قال رحمه الله (ولو قال لا بينة لي فبرهن أو لا شهادة لي فشهد تقبل) ومعنى الأول أن يقول المدعي ليس لي بينة على دعواي هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لأن التوفيق بينهما ممكن بأن كانت له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك أو كان لا يعلمها ثم علمها ، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها لا تقبل لأنه أكذب بينته ، ومعنى الثاني أن يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد له به تقبل لأنه يقول نسيت ، وكذا إذا قال المدعي ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له تقبل شهادته روي ذلك عن أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه يحتمل أن يكون له شهادة قد نسيها أو لا يعلمها ثم علمها ، ولهذا لو قال لا أعلم لي حقا على فلان ثم أقام البينة أن له عليه حقا تقبل لإمكان الخفاء عليه فأمكن التوفيق بخلاف ما إذا قال ليس لي عليه حق ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه لأن المناقضة بين الإقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما ، ونفي الحجة في هذا كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى إذا قال لا حجة لي على فلان ثم أتى بحجة تقبل لأنه يقول نسيت ، ولو قال هذه الدار ليست لي أو قال ذلك لعبد ثم أقام بينة أن الدار أو العبد له تقبل بينته لأنه لم يثبت بإقراره حقا لأحد ، وكل إقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا ، ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لأنه حين نفاه لم يثبت به حقا لأحد قال رحمه الله (للإمام الذي ولاه الخليفة أن يقطع إنسانا من طريق الجادة إن لم يضر بالمارة) لأن للإمام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فإذا رأى في ذلك مصلحة لهم كان له أن يفعله من غير أن يلحق ضررا بأحد ألا ترى أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد أو بالعكس ، وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له أن يفعل ذلك ، والإمام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لأنه نائبه فكان فيه مثله قال رحمه الله (من صادره السلطان ، ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح) أي جاز البيع لأنه لم يكره بالبيع ، وإنما باع باختياره غاية الأمر أنه صار محتاجا إلى بيعه لإيفاء ما طلب منه ، وذلك لا يوجب الكره كالمدين إذا حبس بالدين فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فإنه يجوز لأنه باعه باختياره ، وإنما وقع الكره في الإيفاء لا في البيع ، وقد تقدم مثله في التسعير . قال رحمه الله (خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح إن قدر على الضرب) لأنها مكرهة عليه إذ الإكراه على المال يثبت بمثله لأن التراضي شرط في تمليك الأموال والرضا ينتفي بمثله فلا يصح قال رحمه الله (وإن أكرهها على الخلع وقع الطلاق ، ولا يسقط المال) لأن طلاق المكره واقع ، ولا يلزم المال به إذ الرضا شرط فيه على ما بينا من قبل في كتاب الإكراه قال رحمه الله (ولو أحالت إنسانا على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا يصح) لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن ، وإن كان أسوة الغرماء عند موتها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه قال رحمه الله (اتخذ بئرا في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره ، وطلب تحويله

---

(١) تبيين الحقائق، ٧٤/٦

لم يجبر عليه ، وإن سقط الحائط منه لم يضمن) لأنه تصرف في خالص حقه ، ولأن هذا تسبيب ، وبه لا يجب الضمان إلا إذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق ، واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن . قال رحمه الله (عمر دار زوجته بماله بإذنها فالعمارة لها ، والنفقة دين عليها) لأن الملك لها ، وقد صح أمرها بذلك فينتقل الفعل إليها فتكون كأنها هي التي عمرته فيبقى على ملكها ، وهو غير متطوع في الإنفاق فيرجع عليها لصحة أمرها فصار كالمأمور بقضاء الدين قال رحمه الله (ولنفسه بلا إذنها فله) أي إذا عمره لنفسه من غير إذن المرأة كانت العمارة له لأن الآلة التي بنى بها ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ، ويكون غاصبا للعرصة ، وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ إن طلبت زوجته ذلك قال رحمه الله (ولها بلا إذنها فالعمارة لها ، وهو متطوع) أي إذا عمره لها بغير إذنها كان

". (١)

"تمليك الجارية لا يكون إلا **بالتراضي**، ولم يتفقا عليه، فوجب القضاء بقيمتها.

وعلى هذا الاصل إذا اختلفا في طعام بعينه فقال الزوج: إنه كر، وقالت المرأة: شرطت أنه كران، لان القدر معقود عليه في الطعام المعين، بخلاف القدر في الثوب المعين، فإنه بمنزلة الصفة، والاختلاف في مقدار ما يتعلق العقد على قدره يوجب التحالف، فأما الاختلاف في الصفة في المبيع المعين فلا، فأما الذرع والكيل والصفة إذا كان في الذمة، فهو معقود عليها، فإذا اختلفا فيها تحالفا.

وعلى هذا أيضا إذا ادعى أحدهما ألف درهم، والآخر مائة دينار، فهو مثل الالف والالفين، يعني أن مهر مثلها إن كان مثل مائة دينار أو أكثر، فلها مائة دينار، لان مهر المثل يقضي به من جنس الدراهم والدنانير، فجاز أن يستحق المائة دينار من غير تراض، بخلاف العبد والجارية.

لما ذكرنا.

ولو طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف في مسألة الالف والالفين بالاتفاق، لان مهر المثل لا يجب في الطلاق قبل الدخول، ولا يمكن التحكيم به، فيجب المتيقن، وهو نصف الالف وفي مسألة الجارية والعبد، لها المتعة، إلا أن ترضى أن يأخذ نصف العبد، لانهما لم يتفقا

على تسمية أحدهما، فلم يمكن القضاء بنصف الاقل، إلا باختيارهما، بخلاف الالف والالفين.

وإما إذا كان المهر دينا، فاختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته فهو كالاختلاف في العبدين، لان كل واحد من الجنسين لا يملك إلا **بالتراضي**، فهو كالاختلاف في العبدين.." (٢)

---

(١) تبيين الحقائق، ٦/٢٢٥

(٢) تحفة الفقهاء، ٢/١٤٥

"اليسار، لانه لو لم يفرض تسقط بمضي الوقت.

ولو طلبت من القاضي أن يستدين عليه، فإنه يفرض النفقة، ويأذن لها بالاستدانة، للفائدة التي ذكرنا.

ولو طلبت الفرقة، لعجز الزوج عن الانفاق عليها فإن القاضي لا يفرق بينهما، وليس لها حق الفسخ، وهذا عندنا، وعند الشافعي يكون لها حق الفسخ إن شاءت، وهذه مسألة معروفة.

ولو قبضت المرأة نفقة لسنة، بفرض القاضي أو **بالتراضي**، ثم مات الزوج قبل مضي السنة، لم يكن لورثته الرجوع عليها بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذلك إذا ماتت المرأة لم يرجع الزوج في تركتها بشئ.

وقال محمد: أرفع لها من النفقة حصة ما مضى، وأقضي عليها برد الباقي.

وكذلك الكسوة يسقط عنها حصة ما مضى من المدة ويرد الباقي.

والصحيح قولهما، لان النفقة صلة، وقد تأكدت بالقبض، فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت، كما في الهبة.

وأما نفقة ذوي الارحام، فنقول: الارحام ثلاثة أقسام: رحم الولادة، ورحم محرم النكاح، ورحم غير محرم.

ولا خلاف أنه لا تجب النفقة لرحم غير محرم، كقرابة بني الاعمام ونحوهم، ولا خلاف أنها تجب بقرابة الولادة.." (١)

"وذكر الكرخي أنه إذا حال بين الشفيع وبين الاشهاد، عند الدار أو على البائع أو المشتري، حائل لا يستطيع الشفيع أن يصل إلى ذلك معه ولا أن يبعث وكيلا: فهو على شفعته إلى أن يزول الحائل المانع له، ثم يعود الامر بينهم على ما ذكرنا، لان ترك المطالبة، مع المانع، لا يدل على الاعراض - ولهذا قالوا: إن حق الشفعة يجب عند البيع.

ويتأكد بالطلب، ويثبت الملك به بقضاء القاضي أو **بالتراضي** من الخصمين.

وأما الاحكام فكثيرة - نذكر بعض المشهور منها: فمن ذلك - بيان ما تبطل به الشفعة وما لا تبطل مما يحدث من الشفيع.

بيان ذلك: إذا اشترى الرجل دارا لها شفيع فساوم الشفيع المشتري في الدار، لنفسه أو لغيره، أو سأله أن يوليه إياها، أو يشركه فيها، أو يؤاجرها منه، أو كانت أرضا فطلب منه المزارعة، أو نخلا أو كرما فسأله المعاملة - وذلك كله بعدما علم بالشراء: فذلك كله تسليم للشفعة، لان ذا دلالة الاعراض عن طلب الشفعة لان حكمها ينافي حكم أخذ الدار بالشفعة.

- ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها، بعد الشراء، للمشتري: تبطل شفعته، سواء علم بالشراء أو لم يعلم، لانه بطل الجوار، الذي

هو سبب الاستحقاق، قبل أخذ الدار بالشفعة.

---

(١) تحفة الفقهاء، ١٦٣/٢

- ولو سلم الشفعة قبل البيع، لا يكون تسليما، لان الشفعة لم تثبت بعد، فلا يصح إبطاله.

ولو سلم بعد الشراء: تبطل الشفعة، سواء علم أو لم يعلم،." (١)

"كتاب القسمة القسمة في الاملاك المشتركة نوعان: قسمة الاعيان، وقسمة المنافع وهي المهايأة.

أما قسمة الاعيان المشتركة فمشروعة عرفنا شرعيتها بحديث رسول الله ص أنه قسم خيبر بين الغانمين.

وعليه توارث الامة.

والاعيان المشتركة قد تكون أمثالا متساوية فقسمتها تكون تمييز الانصباء لا غير مثل المكيل والموزون والعددي المتقارب.

وقد تكون أشياء مختلفة، مثل الدور والعقار والعروض والحيوان وقسمتها تكون في معنى البيع.

ثم القسمة قد تكون من القاضي وأمينه بإذنه وقد تكون من الشركاء عند **التراضي**.

فإن كانت القسمة من القاضي عند المرافعة إليه: فإن كان في ذلك منفعة لهم: فإنه يقسم.

وإن كان فيه ضرر أو لا حاجة لهم إلى ذلك: فإنه لا يفعل، وإن تراضيا عليه، ولكن يفوض الامر إليهم حتى يقسموا بأنفسهم فإن الحمام المشترك بين اثنين إذا طلبا من القاضي القسمة لا يقسم لان في القسمة ضررا، لانهما يتضرران بـذلك، لانه لا يمكن الانتفاع ببعض الحمام دون البعض ولو قسما." (٢)

"لاختيارهم السفل على العلو.

العمل في هذه المسألة على قول محمد، لاختلاف حال البلاد في ذلك، فتعتبر القيمة.

ثم ما كان في البيع من خيار الرؤية، وخيار الشرط، والرد بالعيب ففي القسمة كذلك: لا يختلفان، لانها في معنى البيع وهذا إذا قسما **بالتراضي**.

فأما إذا قسم القاضي فكذلك في العيب، ولا يثبت خيار الرؤية، ولا خيار الشرط فيه، لانه لو فسخ كان للقاضي أن يقسم ثانيا، فلا فائدة فيه.

ولاحد الشريكين أن يحفر في نصيبه بئرا أو بالوعة، وإن كان يضر بقسم شريكه وكذا هذا في الجارين.

وإذا ظهر للميت دين بعد القسمة، أو وارث غائب، أو طفل أدرك ولم يكن له وصي: فلهم نقض القسمة، لان القاسم غلط فيها فإن كان للميت مال سوى ما قسم يقضي منه الدين ولا ينقض القسمة.

وكذلك إذا قضى بعض الورثة الدين، أو كفل رجل عن صاحب الدين.

وكذا لو ظهر الدين للوارث الذي قسم ولا تكون القسمة منه إبراء للدين الذي عليه لـانه ربما لا يعلم ذلك.

وكذلك إذا ظهرت الوصية لاجنبي، أو ظهر ولد وارث: فإنه تنقض

---

(١) تحفة الفقهاء، ٥٦/٣

(٢) تحفة الفقهاء، ٢٧٩/٣

القسمة لان الموصى له كواحد من الورثة.

وأما المهايأة فنوعان: من حيث المكان، أو من حيث الزمان.." (١)

"بغية الموكل كما قدمناه عن القهستاني.

قوله: (أي بعد قتل الاجنبي) مصدر مضاف إلى فاعله.

قوله: (كنت أمرته) أي أمرت الاجنبي.

قوله: (لا يصدق) لان فيه إسقاط حق غيره وهو ولي القاتل الاول.

قوله: (يعني الخ) أفاده المصنف في المنح، وبه علل في الظهيرية حيث قال: لانه أجبر عما يملك.

قوله: (كما هو القاعدة) وهي أن من حكى أمرا إن ملك استئنافه للحال صدق وإلا فلا، كما لو أخبر وهي في العدة أنه راجعها صدق، ولو بعدها فلا إن كذبته إلا ببرهان، وهنا يملك استئناف الاذن بالحفر ولا يملك الاذن بالقتل لفوات محله وهو المقتول.

قوله: (وظاهره الخ) أي ظاهر قول المتن: لو قتل القاتل أجنبي وجب القصاص الخ أن ولي المقتول الاول يسقط حقه رأسا أي يسقط من الدية كما سقط من القصاص، مثل لو مات القاتل بلا قتل أحد.

ووجه الظهور أن المصنف لم يتعرض لشئ من ذلك وهو ظاهر، لما تقدم من أن موجب العمد القود عينا فلا يصير مالا **بالتراضي** ولم يوجد هنا، ثم رأيته في التاترخانية حيث قال في هذه المسألة: وإذا قتل القاتل بحق أو بغير حق سقط عنه القصاص بغير مال، وكذا إذا مات.

قوله: (ولو استوفاه) الخ أي استوفى القصاص الواجب لجماعة، وكان ينبغي ذكر هذه المسألة قبل قوله (ولو قتل القاتل أجنبي) فإنها من متعلقات ما قبلها، وقد ذكرها الشراح تأييدا لاصل الامام أن القصاص يثبت لكل على الكمال فقالوا: والدليل عليه لو استوفى أحدهم لا يضمن للباقين شيئا ولا للقاتل، ولو لم يكن جميع القصاص واجبا له لكان ضامنا باستيفاء الكل.

قوله: (دم بين اثنين) أي وجب لهما على آخر.

وعبارة الدرر من هنا إلى قوله وإلا فلا.

وأما عبارة المجتبى فنصها: ولو كان الدم بين اثنين فعفا أحدهما وقتله الآخر، فإن لم يعلم بعفو شريكه يقتل قياسا لا استحسانا وإن علم بعفوه، فإن لم يعلم بحرمته وقال: ظننت أنه يحل لي قتله لا يقتل والدية في ماله، وإن علم بالحرمة يقتل سواء قضى القاضي بسقوط القصاص في نصيب الساكت أو لم يقض، وهذا كمن أمسك رجلا حتى قتله الآخر عمدا فقتل ولي القتيل الممسك فعليه القصاص قضى القاضي بسقوط القصاص على الممسك أو لم يقض اه.

قوله: (بخلاف) مرتبط بقوله وإلا فلا والممسك والنصب مفعول قتل، وفي تعبيره نوع خفاء ومؤداه ما قدمناه.

---

(١) تحفة الفقهاء، ٣/٢٨٣

قوله: (مما لا يشكل على الناس) أي لا يخفى عليهم أن الممسك لا يحل قتله، بخلاف ما عفا عنه أحد أولياء القتيل فإنه يخفى أنه يسقط حق الباقي أو لا، بل في الدرر على المحيط أنه." (١)

"**بالتراضي**، لاختلاف الجنس، ويسعى في ثلثي قيمته وله ثلث سائر أمواله، وهذا عنده، وأما عندهما فكله مدبر، فيعتق كله مقدما على سائر الوصايا، فإن زاد الثلث على قيمته دفع الورثة إليه، وإن قيمته أكثر سعى في الفضل اه ملخصا.

قلت: والخلاف مبني على تجزي الاعتاق وعدمه كما في شرح المجمع، وأشار بتقدم العتق على سائر الوصايا إلى ثمرة الخلاف، وأوضحها في العزمية بما إذا أوصى بثلث ماله لقنه الذي قيمته ألف درهم وأوصى بثلثي ألق درهم للفقراء ومات وترك العبد وألفي درهم عنق عنده ثلث العبد مجانا والثلثان من قيمته بين العبد والفقراء سوية ويدفع العبد للفقراء ثلث قيمته، وعندهما: يعتق أولا كل العبد مجانا ولا شئ للفقراء إ هـ فتأمل.

ثم إن ظاهره أن كون هذه وصية بالعتق مبني على قولهما.

تأمل.

قوله: (أو بدنانير الخ) لو صدر بلا فقال لا بدنانير لكان أوضح، والمراد بالمرسلة كما سيذكره الشارح في الب ا ب الآتي المطلقة غير المقيدة بثلث أو نصف أو نحوهما اه: أي كما إذا قال بمائة مثلا، فافهم.

قوله: (وصحت لمكاتب نفسه) إذا لم يعجز نفسه ولو بعد موت السيد، أما إذا عجز نفسه فهل يكون في حكم الوصية للملوك؟ حرره نقلا اه.

قوله: (أو لمدبره أو لام ولده) لان نفاذها بعد موت السيد وهما حينئذ حران اه ط.

قوله: (لا لمكاتب وارثه) لانه عند موت الموصي باق على ملك الوارث، فتكون وصية للوارث.

تأمل.

وفي القهستاني: لا تصح لعبد وارثه ومدبره وأم ولده، لانه وصية للوارث حقيقة، بخلاف الوصية لابن وارثه كما في النظم اه.

قوله: (وصحت للحمل) لانها استخلاف من وجه، لانصه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح في خليفة في الارث، فكذا في الوصية ولا يقال: شرطها القبول والجنين ليس من أهله لانها تشبه الهبة والميراث، فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا أمكن، ولشبهها بالميراث يسقط إذا لم يمكن عملا بالشبهين، و لهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول.

زيلعي.

قوله: (وبه) أي بالحمل لانه يجري فيه الارث، فتجري فيه الوصية أيضا لانها أخته.

زيلعي.

وهذا إذا لم يكن الحمل من المولى.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/١٠٦

إتقاني.

وأشار إليه الشارح.

تنبيه: قدمنا في باب اللعان عن فتح القدير أن توريث الحمل والوصية به وله لا يثبتان إلا بعد الانفصار، فيثبتان للولد لا للحمل اه.

أقول: والمراد ثبوت حكمهما، وإلا فهما ثابتان قبل ذلك فلا ينافي كلامهم هنا.

فرع: في الظهيرية: لو أعتق الورثة الحمل الموصى به حاز إعتاقهم ويضمنون قيمته يوم الولادة ا هـ.

أقول: ووجهه ما علمت أن الوصية به لا يثبت حكمها إلا بعد الولادة فهو قبلها على ملك الورثة تبعا لامه، وبالولادة ثبت حق الموصى له وقد أتلفوه عليه فضمنوا قيمته وقتها.

تأمل.

قوله: (لاقل من ستة أشهر) إذ لو ولد لستة أشهر أو لاكثر احتمل وجوده وعدمه فلا تصح.

أفاده الاتقاني.

قوله: (ولو ميتا) مثل ال موت الطلاق البائن ط.." (١)

"مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لاقطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ولأن الشبهة تمكنت في الملك لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه

ولا يقطع السارق من بيت المال لأنه مال العامة وهو منهم قال ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا

ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لأنه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لأن التأجيل لتأخير المطالبة وكذا إذا سرق زيادة على حقه لآنه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وإن سرق منه عروضا قطع لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعا **بالتراضي** وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون إتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك دريء عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لأنه ليس له حق الأخذ وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد

ومن سرق عينا فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام فإن عاد فاقطعوه من غير فصل ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/٢٣٢

نظرا إلى اتحاد الملك والمحل وقيل الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه ولأن تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما إذا قذف المحدود في قذف المقذوف الأول قال فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا

". (١)

"

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها **بالتراضي** والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ أما الكفارة فلإطلاق الكتاب وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطألأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل لا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولأبي حنيفة رحمه الله أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا والله أعلم بالصواب

---

(١) الهداية شرح البداية، ١٢٢/٢

(١) ".

"في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لأنه لا يتحقق عشرا إلا بوجوبه في كل خارج والله أعلم بالصواب & باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع **بالتراضي** والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه الصلاة والسلام أهل نجران على ألف ومائتي حلة ولأن الموجب هو **التراضي** فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني للظاهر الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع على كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر من غير فصل ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان و هذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض وهذا لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحا ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية

---

(٢) ".

"أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثراتي فتوفر عليه قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا ترى أنه بيع في حق الثالث ولأبي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال **بالتراضي** وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك

---

(١) الهداية شرح البداية، ١٥٣/٢

(٢) الهداية شرح البداية، ١٥٩/٢

السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولأبي حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبيء عن الفسخ والرفع كما قلنا والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقة ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهم ا على غيرهما إذا ثبت هذا نقول إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع مالم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا أماما لا يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فإذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لا سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه ولو أقال بغيرجنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده

قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها لأن رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع

---

(١) ".

"يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام **التراضي** وهو المعتبر في الباب

قال ومن أمر رجلا أن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق فيجري على إطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه لأنه توكيل بالشراء وهذا كله بالإجماع ولو أمره بأن يشتريهما بألف وقيمتهما سواء فعند أبي حنيفة رحمه الله إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحسانا لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن اشترى أحدهما

---

(١) الهداية شرح البداية، ٥٥/٣

بأكثر من نصف ا لألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشترى بمثله الباقي جاز لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر

قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى

قال وإن أمره أن يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري وإن قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الأمر لأن يد الوكيل كيده ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منا أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كم ا إذا قال أعط مالي عليك من شئت بخلاف ما إذا عين

". (١)

"المسلم إليه ولا يعود السلم لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما

قال وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه إذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وإن لم تكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وإنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضي بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضى بما ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لآنهما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه

قال رضي الله عنه ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما

---

(١) الهداية شرح البداية، ١٤٣/٣

الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي رحمه الله بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف رحمه الله فلا نعيده

ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا **بالتراضي** ولم يوجد فوجبت القيمة وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف

". (١)

"

قال وإن وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لآن المانع خص النصف

قال ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء أو **بالتراضي** يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ من الأصل فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا

قال وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره

قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين وتبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد العيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه فصل

---

(١) الهداية شرح البداية، ٣/١٦٥

قال ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو

". (١)

"لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأدء فلم يكن تأخيرا والآثار متعارضة فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها

قال فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى

قال ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض

قال وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده وهذا لأنه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف

قال فإن مات المكاتب وله مال لم نفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعضه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابه ويموت عبدا وما تركه لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه إلى الأول لعدم المحلية ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا يموت الآخر والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق بل أولى لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه ل لمملوكية فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه ففي الخلافيات

قال وإن لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل مؤته وعتق الولد لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفا وإن ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله

---

(١) الهداية شرح البداية، ٣/٢٢٩

". (١)

"

قال وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه تعلق به حق الغير ولأنه قضى به القاضي ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهم في حق الولاء كشخص واحد

قال وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحدا لأنه لازم ومع بقائه لا يظهر الأدنى =كتاب الإكراه

قال الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصا لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة الكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي إليه من الفعل

قال وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع لأن من شرط صحة هذه العقود **التراضي** قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أوحبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا وكذا الإقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجارة ألا ترى أنه لو جاز والموقوف قبل الإجازة لايفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهل هـ

". (٢)

"مضافا إلى محله والفساد لفقد شرطه وهو **التراضي** فصار كسائرالشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وبإجازة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حتى استرداد البائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢٦٨/٣

(٢) الهداية شرح البداية، ٢٧٥/٣

بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني

قال رضي الله تعالى عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لأن الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه

قال فإن كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع لأنه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف وكذا إذا سلم طائعا بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دليل الإجازة بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لأن مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع

قال وإن قبضه مكرها فليس ذلك بإجازة عليه رده إن كان قائما في يده لفساد العقد

قال وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره أن يضمن المكره إن شاء لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وإن ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لأنه ملكه بالضمان فظهرأنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز والله أعلم

". (١)

" فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعي رحمه الله أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فصير حق المالك هالكا من وجه ألا ترى

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢٧٦/٣

أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث إنه محظور بل من حيث إنه إحداث الصنعة بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه

وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث رحمه الله وجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الأسارى إفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة الفساد ونفاد بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة **بالتراضي** وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أرزا

---

(١) ".

"عددهم لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء

قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا إنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه

قال وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب المواثبة لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض للأبد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد

قال وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا **بالتراضي** أو قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الأولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا

---

(١) الهداية شرح البداية، ٤/١٥

عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه إن شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب & باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة

اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان

---

(١) ".

"ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعده لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن ا لتي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة

قال وإذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه والشفعة في إنشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه

قال وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال **بالتراضي** والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لأنهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم & باب ما يبطل به الشفعة

قال وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة

قال وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار وقد أوضحناه فيما تقدم

قال وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لأن حق الشفعة

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢٦/٤

". (١)

"عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب

قال وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخلصا ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل وإن كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول وإن كان كل واحد منهما ينتصر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر

قال ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لأنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها **التراضي** دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الأواني لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة

". (٢)

"على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز

(١) الهداية شرح البداية، ٣٧/٤

(٢) الهداية شرح البداية، ٤٤/٤

وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم وله أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لأن حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا

وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقيم كاللآليء واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فأولى أن لايجير على القسمة

قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا أن يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لأنها تشتمل على الضرر في الطرفين إذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف **التراضي** لما بينا

قال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة لهما أنها جنس واحد اسما وصورة ونظرا إلى أصل السكنى أجناس معنى نظرا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح إلى القاضي وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة

---

(١) ".

"الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لأن الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما ثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين لأن القسمة على التفاضل جائزة **بالتراضي**

قال وإذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علوم قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو إصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار إليه ما أمكن والمراعي التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع

---

(١) الهداية شرح البداية، ٤/٤٥

قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل مالا يضر بالآخر على أصله ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر إلى التفسير

وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لأن علوه مثل نصف

". (١)

"

قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه وإليه أشار من بعد وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار البيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لأن تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا وإن أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وإن قامت لأحدهما بينة قضي له وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

قال وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة

---

(١) الهداية شرح البداية، ٤/٤٨

قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في استحقاق بعض معين لانفسخ القسمة بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح لأبي يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما

---

(١) ".

"

ولو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه

ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والأول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا لأن التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان أكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي **وبالتراضي** فكذا المهايأه وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روى عنه لأنه لا يجري فيه الجبرعنده والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخ ذه جاز استحسانا للمسامحة في إطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لأنه لا يسامح فيها

ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه أما عندهما فظاهر لأن الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا **وبالتراضي** لأنه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز **بالتراضي** ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا أما التفاوت فيكثر في أعيانهما فاعتبر

---

(١) الهداية شرح البداية، ٥٠/٤

مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الأعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الاستغلال فيجوز في الدار ا لواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال

---

(١) ".

"لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا إذا كانت القسمة بالكوى وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماءفيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى

قال وليس لأحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه

قال وكذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الآخرى وهو نظير طريق مشترك إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يروث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لاتجوز هذه العقود إما للجهالة أو للغرر أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته وكيف يصنع الإمام الأصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها

---

(١) الهداية شرح البداية، ٥٢/٤

(١) ".

"ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقض فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير أيضا لأنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي إلى غير حقه وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه و لا تبلغ إلى قفا الشاج بالخيار لأن المعنى لا يختلف

قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة إذا استقصاها بالقلع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها فصل

قال وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز **بالتراضي** والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره وإن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد والأصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد

قال وإن كان القاتل حرا أو عبدا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر ومولى العبد نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض يقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نيصيبهم من الدية وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما أن الوراثة خلافة وهي

(٢) ".

"فقط وعنه جواز ذلك إن كان موجبا أو موجبا لقود الطرف لو انفرد وإلا فلا إلا أن يكون قد قتله بمحرم في نفسه كتحريم الخمر واللواط ونحوه فيقتل بالسيف من غير زيادة على الروايات كلها

ولو أوضحه أو قطع أربعته ثم أوجأه قبل الاندمال فعلى الرواية الأولى هل يدخل قود الطرف في قود النفس كما يدخل في الدية أصلا على روايتين

---

(١) الهداية شرح البداية، ١٠٧/٤

(٢) الهداية شرح البداية، ١٦٧/٤

ومتى فعل به الولي كما فعل لم يضمنه بشيء وإن حرمناه وأما إن زاد على ما أتى به لم يجز رواية واحدة ويضمنه بديته لا بالقود سواء عفا عنه أو قتله

ومن له قود في يمين فقطع يسار الجاني بها بتراضيهما أو قال له أخرج يمينك فأخرج يساره عمدا أو غلطا أو ظنا أنها تجزىء أجزأت على كل حال عند أبي بكر ولم يبق قود ولا ضمان وقال ابن حامد لا تجزىء ولا يضمن بالقود بل بالدية إلا أن يتعمد إخراجها لا عوضا عن يمينه فإنها تهدر والقود في اليمين بحالة للقاطع يستوفيه إذا اندملت اليسار إلا في صورة **التراضي** ففي سقوطه إلى الدية وجهان

أحدهما وجبت الدية إن كان المقتص مجنونا وإن كان من عليه القود مجنونا لزم القاطع القود إن علم أنها اليسار وأنها لا تجزىء فأما إن جهل الضمان والآخر عاقلا ذهبت يده هدرا وإن كانت يمينه

ومن وكل رجلا أن يقتص ثم عفا ولم يعلم الوكيل حتى اقتص فقيل لا شيء عليهما وقيل يضمن العافي دون الوكيل وقيل للمستحق تضمين من شاء منهما والضمان على العافي وقيل الضمان على عاقلة الوكيل وقيل بل في ماله حالا فعلى هذين إن كان عفوا تجب معه الدية وجبت للعافي في تركة الجاني

ومن عفا عن قود في طرف على مال ثم قبل الاندمال قتله الجاني فلوليه القود في النفس أو العفو على الدية كاملة قاله أبو الخطاب وقال القاضي ليس

---

(١) ".

"& باب القسمة &

لا يجوز قسمة الأملاك التي لا تنقسم إلا بضرر أو رد عوض إلا بتراضي الشركاء مثل الحمام والدور الصغار والإرض التي لا تتعدل بأجر ولا قيمة لبناء أو بئر في بعضها ونحو ذلك وهذه القسمة في حكم البيع لا يجوز فيها إلا ما يجوز فيه

فأما مالا ضرر فيه ولا رد عوض في قسمته كالقرية والبستان أو الدار الكبيرة والأرض أو الدكان الواسعة والمكيل والموزون من جنس من مثل الدبس وخل التمر وخل العنب والأدهان والألبان ونحوها إذا طلب الشريك قسمته أجبر الآخر عليها وهذه القسمة إقرار لا بيع في ظاهر المذهب فيجوز قسمة الوقف من ذلك وما بعضه وقف

ويجوز قسمة ثمر الشجر الذي يخرص خرصا وقسمة ما يؤكل وزنا وما يوزن كيلا وأن يتفرقا في قسمة ذلك قبل القبض

وإذا حلف لا يبيع فقسم لم يحنث وحكى عن ابن بطة كونها كالبيع فتنعكس هذه الأحكام وعلى الوجهين تفسخ بالعيب ولاتوجب الشفعة وما بعضه وقف ولا تتعدل إلا برد عوض من أهل الوقف فتجوز قسمته **بالتراضي** على الأصح وإن كان الرد من رب المطلق لم يجز قسمته بحال

---

(١) المحرر في الفقه، ٢/١٣٣

والضرر المانع من قسمة الإجبار نقص فيمة المقسوم بها في ظاهر كلامه وظاهر قول الخرقي أنه عدم النفع به مقسوما

وإن تضرر أحد الشريكين وحده كرب الثلث مع رب الثلثين بأن طلب المتضرر القسمة أجبر الآخر وإلا فلا إجبار وعنه أيهما طلب لم يجبر الآخر وحكى عن القاضي عكس الأولى

وما تلاصق من الدور والعقار والخانات فهو كالمتفرق

". (١)

"بينة وإن كان فيما قسمة قاسم نصبوه وكان فيما شرطا فيه الرضا بعد القرعة لم تسمع دعواه وإلا فهو كقاسم الحاكم

وإذا تقاسما ثم استحق من الحصتين شئ معين فالقسمة بحال في الباقي

وإن كان في إحداهما بطلت وإن كان شائعا فيهما أو في إحداهما بطلت أيضا وقيل لا تبطل في غير المستحق وقيل بالبطلان للإشاعة في إحداهما خاصة

وإذا اقتسم الورثة العقار ثم ظهر دين على الميت لم تبطل القسمة إلا أن نقول القسمة بيع فيكون كبيع التركة قبل قضاء الدين وفي صحته روايتان أصحهما الصحة

وإذا اقتسما دارا فحصل الطريق في حصة أحدهما ولا منفذ للآخر لم تصح القسمة وإن كان لها ظلة فوقعت في حصة أحدهما فهي له بمطلق العقد

وولي المولى عليه في قسمة الإجبار بمنزلته وكذلك في قسمة التراضي إذا رآها مصلحة ويقسم الحاكم على الغائب في قسمة الإجبار & باب الدعاوي والأيمان فيها &

المدعي من إذا سكت ترك والمدعي عليه من إذا سكت لم يترك ويختص اليمين المدعي عليه دون المدعي إلا في القسامة ودعاوي الأمناء المقبولة وحيث يحكم باليمين مع الشاهد أو نقول بردها

فإذا تداعيا عينا في يد أحدهما فهي له مع يمينه بذلك إلا إن أقام له بينة فلا يحلف وإن كانت بأيديهما فهي بينهما مع تحالفهما إلا أن يدعي أحدهما نصفها فما دونه والآخر أكثر من بقيتها أو كلها فالقول قول مدعي الأقل مع يمينه فإن تداعياها وهي بيد ثالث فأقر بها لأحدهما بعينه فهي له مع يمينه ثم يحلف المقر للآخر على الأصح فإن نكل لزمه له عوضها وإن قال هي لأحدهما لا أعلم عينه فصدقاه في عدم العلم لم يحلف وإن كذباه أو أحدهما لزمه يمين واحدة بذلك ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه ولهما فعل

---

(١) المحرر في الفقه، ٢/٢١٥

". (١)

"وجه الثانية: أن مال الكتابة دين على المكاتب فجازت الكفالة به كسائر الديون ولأن ضمان مال الكتابة قد يصح على وجه، وهو إذا كاتب عبدين كتابة واحدة على أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه جاز كذلك في الحر، ومن قال بالأول انفصل عن هذا بأن ضمان أحدهما عن صاحبه لا يؤدي إلى إلزام الضامن خلاف ما هو ثابت على المكفول به، لأنه لا يعتق واحد منهما إلا بأداء جميع المال. ولا يلزم الضامن خلاف ما هو على المكفول وفي باب ضمان الحر عنه يؤدي إلى إلزامه على خلاف ما هو على المكفول فلهذا لم يصح، فأما أخذ الرهن بمال الكتابة فيحتمل أن لا يصح، رواية واحدة لأنه ليس يتسع أن يصح الضمان فيما لا يصح به أخذ الرهن وهو ضمان الدرك ويحتمل أن يجوز أخذ الرهن به رواية واحدة لأن في صحة ضمان الحر عنه يؤدي إلى أن يثبت على الكفيل خلاف ما هو على المكفول عنه وهذا المعنى معدوم في الرهن لأنه متى عجز كان ر ه نه كسائر أمواله.

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٣٨١

المقاصة في الدين من غير تراضي:

١٨ ـ مسألة: إذا كان لرجل على رجل مال من قرض أو قيمة متلف أو ثمن مبيع أو غيره، وكان للآخر عليه من جنس ذلك المال. مثل إن كان الدينان دراهم أو دنانير فهل يقع القصاص عن رضاهما وبتراد من كل واحد منهما عن حق صاحبه بغير اختياره أم لا؟

على روايتين: إحداهما: يقع أومأ إليه أحمد ـ رحمه الله ـ في رواية مهنا في رجل له على رجل عشرة دراهم وللآخر عليه عشرة دراهم فلقيه فقال: العشرة التي لي عليك بالعشرة التي لك علي. فهو جائز قد قضاه حين صارت له عليه عشرة. فقد نص على أن القصاص حصل حين صار له عليه من جنس دينه، إن لم يوجد التراضي في تلك الحال، وإنما وجد في الثاني.." (٢)

" البيع على ضربين خيار المتبايعين

فصل : والبيع على ضربين أحدهما : الإيجاب والقبول فالإيجاب أن يقول : بعتك أو ملكتك أو لفظ يدل على عليهما والقبول أن يقول : اشتريت أو قبلت ونحوهما فإن تقدم القبول على الإيجاب بلفظ الماضي فقال : ابتعت منك فقال : بعتك صح لأن لفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به فصح كما لو تقدم الإيجاب وإن تقدم بلفظ الطلب فقال : بعني ثوبك فقال : بعتك ففيه روايتان أحداهما : يصح كذلك وهو قول مالك و الشافعي والثانية : لا يصح وهو قول أبي حنيفة لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام ولأنه عقد عري عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بلفظ الماضي

(١) المحرر في الفقه، ٢/٢١٨

(٢) المسائل الفقهية، ١/٢٢٩

روايتين أيضا فأما إن تقدم بلفظ الإستفهام مثل أن يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقول بعتك لم يصح بحال نص عليه أحمد وبه يقول أبو حنيفة و الشافعي ولا نعلم عن غ يرهم خلافهم لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء

الضرب الثاني : المعاطاة مثل أن يقول أعطني بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح نص عليه أحمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز قال كذا بدرهم قال زنه وتصدق به فإذا وزنه فهو عليه وقول مالك نحو من هذا فإنه قال : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا وقال بعض الحنفية : يصح في خسائس الأشياء وحكي عن القاضي مثل هذا قال يصح في الأشياء اليسيرة دون الكبيرة مذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا

ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم وإنما علق الشرع عليه أحكاما وبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه و سلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه صلى الله عليه و سلم بيانا عاما ولم يخف حكمه لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا وأكلهم المال الباطل ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه و سلم ولا أحد من أصحابه فيما علمناه ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ولم ي نقل إنكاره قبل مخالفينا فكان ذلك إجماعا وكذلك الحكم في الإيجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه و سلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه وقد أهدي إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم من الحبشة وغيرها وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة متفق عليه وروى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : [كان رسول الله صلى الله عليه و سلم إذا أتي بطعام سأل عنه : أهدية أم صدقة ؟ فإن قيل : صدقة قال لأصحابه : كلوا ولم يأكل وإن قيل : هدية ضرب بيده وأكل معهم] وفي حديث [سلمان حين جاء إلى النبي صلى الله عليه و سلم بتمر فقال : هذا شيء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به فقال النبي صلى الله عليه و سلم لأصحابه : كلوا ولم يأكل ثم أتاه ثانية بتمر فقال : رأيتك لا تأكل الصدقة وهذا شيء أهديته لك فقال النبي صلى الله عليه و سلم بسم الله وأكل] ولم ين قل قبول ولا أمر بإيجاب وإنما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية وفي أكثر الأخبار لم ينقل إيجاب ولا قبول وليس إلا المعاطاة والتفرق عن تراض يدل على صحته ولو كان الإيجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك ولكانت عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على **التراضي** فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه " (١).

" اقتضاء أحد النقدين من الآخر بالصرف

---

(١) المغني، ٤/٤

فصل : ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة في قول أكثر أهل العلم ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة وروي ذلك عن ابن مسعود لأن القبض شرط وقد تخلف ولنا ما روى أبو داود و الأثرم في سننهما [عن ابن عمر قال : كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فأتيت النبي صلى الله عليه و سلم في بيت حفصة فقلت : يا رسول الله رويدك أسألك إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع الدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : لا بأس أن يأخذها بسعر يومها ما لم تفرقا وبينكما شيء] قال أحمد : إنما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا أنه يقضيه إياها بالسعر إلا ما قال أصحاب الرأي : إنه يقضيه مكانها ذهبا على **التراضي** لأنه بـي ع في الحال فجاز ما تراضا عليه إذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضا ووجه الأول قول النبي صلى الله عليه و سلم : [لا بأس أن تأخذها بسعر يومها] وروي عن ابن عمر أن بكر بن عبد الله المزني ومسروقا العجلي سألاه عن كرى لهما له عليهما دراهم وليس معهما إلا دنانير فقال ابن عمر : اعطوه بسعر السوق ولأن هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو قضاه من الجنس والتماثل ههنا من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة قيل لأبي عبد الله فإن أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه فقال : إذا كان مما يتغابن الناس به فسهل فيه ما لم يكن حيلة ويزاد شيئا كثرا ." (١)

" بيع المبيع والدين قبل القبض

مسألة : قال : ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه

قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض والخلاف فيه وكل ما يحتاج إلى قبض إذا اشتراه لم يجز بيعه حتى يقبضه لقول النبي صلى الله عليه و سلم : [من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه] متفق عليه ولأنه من ضمان بائعة فلم يجز بيعه كالسلم ولم أعلم بني أهل العلم خلافا إلا ما حكي عن البتي أنه قال : لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه وقال ابن عبد البر : وهذا قول مردود بالسنة والحجة المجمعة على الطعام وأظنه لم يبلغه هذا الحديث ومثل هذا لا يلتفت إليه وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين ويروى مثل هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه و سعيد بن المسيب و الحكم و حماد و الأوزاعي و إسحاق وعن أحمد رواية أخرى لا يجوز بيع شيء قبل قبضه اختاره ابن عقيل وروي ذلك عن ابن عباس وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه و سلم عن بـيع الطعام قبل قبضه وبما روى أبو داود [أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى أن تباع السلع حيت تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم] وروى ابن ماجة [أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن شراء الصدقات حتى تقبض] و [روي أن النبي صلى الله عليه و سلم لما بعث عتاب بن أسيد إلى مكة قال : إنههم عن بيع ما لم يقبضوه وعن ربح ما لم يضمنوه] ولأنه لم يتم عليه فلم يجز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون

---

(١) المغني، ٤/١٨٧

ولنا ما [روى ابن عمر قال : كنا نبيع الإبل بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ونبيعها بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم فسألنا النبي صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال : لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء] وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين وروى ابن عمر [أنه كان على بكر صعب - يعني لعمر - فقال النبي صلى الله عليه و سلم لعمر : بعنيه فقال : هو لك يا رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال النبي صلى الله عليه و سلم : هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت] وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه واشترى من جابر جملة ونقده ثمنه ثم وهبه إياه قبل قبضه ولأنه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالمنافع في الإجارة فإنه يجوز له إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ولأنه مبيع لا يتعلق به حق توفيه فصح بيعه كالمال في يد مودعه أو مضاربه فأما أح ا ديثهم فقد قيل لم يصح منها إلا حديث الطعام وهو حجة لنا بمفهومة فإن تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة ذلك فيما سواه وقولهم لم يتم الملك عليه ممنوع فإن السبب المقتضي للملك متحقق وأكثر ما فيه تخلف القبض واليد ليست شرطا في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة

فصل : وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخير فيه قال القاضي : ولو ابتاع شيئا مما يحتاج إلى قبض فلقيه ببدل آخر لم يكن له مطالبته لا أخذ بدله وإن تراضيا لأنه مبيع لم يقبض فإن كان مما لا يحتاج إلى قبض جاز أخذ البدل عنه وإن كان في سلم لم يجز أخذه البدل عنه لأنه أيضا لا يجوز بيعه

فصل : وكل عوض ملك بعقد بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف قبل قبضه كالذي ذكرنا والأجرة وبدل الصلح إذا كانا من المكيل أ والموزون أو المعدود وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف لأن المطلق للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه وهذا قول أبي حنيفة والمهر كذلك عند القاضي وهو قول أبي حنيفة لأن العقد لا ينفسخ بهلاكه وقال الشافعي لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين لأنه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو نصفه بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهذا التعليل بالطل بما بعد القبض فإن قبضه لا يمنع الرجوع في قبل الدخول وأما ما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة و تعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع المقبوض وهذا مذهب أبو حنيفة و الشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وإن كان الإنسان في يد غيره وديعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلا فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيه فجاز بيعها كالتي في يده وإن كان غصبا جاز بيعه من هو في يده لأنه مقبوض معه فأشبه بيع العارية ممن هي في يده وأما بيعه لغيره فإن كان عاجزا عن استنقاذه أو ظن أنه عاجز لم يصح شراؤه له لأنه معجوز عن تسلمه إليه فأشبه بيع الآبق والشارد وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع لإمكان قبضه فإن عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والإمضاء ولأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على

قبضه ويثبت له الفسخ للعجز عن القبض فأشبه ما لو باعه فرسا فشردت قبل تسليمها أو غائبا بالصفة فعجز عن تسليمه

فصل : وإن كان لزيد على رجل طعام من سلم وعليه لعمرو مثل ذلك الطعام سلما فقال زيد لعمرو : اذهب فاقبض الطعام الذي لي من غريمي لنفسك ففعل لم يصح لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل أن يقبضه وهل يصح القبض لزيد ؟ على روايتين إحداهما : يصح لأنه أذن له في القبض فأشبه قبض وكيله والثانية : لا يصح لأنه لم يجعله نائبا له في القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل فعلى الوجه الأول يصير ملكا لزيد وعلى الثاني يكون باقيا على ملك المسلم إليه ولو قال زيد لعمرو : احضر اكتيالي منه لأقبضه لك ففعل لم يصح وهي لكون قابض لنفسه ؟ على وجهين أولاهما : أنه يكون قابضا لنفسه لأن قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه فصح القبض له كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا إذا قبضه لعمرو صح وإن قال خذه بهذا الكيل الذي قد شاهدته فأخذه به صح لأنه قد شاهد كيله وعلمه فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية وعنه لا يجزئ وهو مذهب الشافعي ل أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وهذا داخل فيه ولأنه قبضه بغير كيل أشبه ما لو قبضه جزافا ولو قال زيد لعمرو : احضرنا حتى أكتاله لنفسي ثم تكتاله أنت وفعلا صح بغير إشكال وإن اكتاله زيد لنفسه ثم أخذه عمرو بذلك الكيل الذي شاهده فعلى روايتين وإن تركه زيد في المكيال ودفعه إلى عمر ليفرغه لنفسه صح وكان ذلك قبضا صحيحا لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ولا معنى لابتداء الكيل ههنا إذ لا يحصل به زيادة علم وقال أصحاب الشافعي : لا يصح لنهي النبي صلى الله عليه و سلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وهذا يمكن القول بموجبة وقبض المشتري له في المكيال جري لصاعيه فيه ولو دفع زيد إلى عمرو دراهم فقال : اشتر لك بها مثل الطعام الذي لك علي ففعل لم يصح لأن دراهم زيد لا يكون عوضها لعمرو فإن اشترى الطعام بعينها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي على ما نبين وإن قال : اشتر لي بها طعاما ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة وإن قال : اقبضه لنكس ففعل جاز نص أحمد على نظير ذلك وهكذا جميع المسائل التي تقدمت إذا حصل الطعام في يد عمرو لزيد فأذن له أن يقبض من نفسه وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأنه لا يجوز أن يكون قابضا لنفسه من نفسه ولنا أنه يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده ويقبض لنفسه من نفسه وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئا جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا ههنا

فصل : وإن اشترى اثنان طعاما فقبضاه ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه احتلم أن لا يجوز ذلك وهو قول الحسن و ابن سيرين كرها أن يبيع الرجل من شريكه شيئا مما يكال أو يوزن قبل أن يقتسماه لأن لم يقبض نصيبه منفردا فأشبه غير المقبوض ويحتمل الجواز لأنه مقبوض لهما يجوز بيعه لأجنبي فجاز بيعه لشريكه كسائر الأموال فإن تقاسماه وتفرقا ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله لم يجز كما لو اشترى من رجل طعاما فاكتاله وتفرقا ثم باعه إياه بذلك الكيل وإن لم يتفرقا خرج على الروايتين اللتين تقدمتا

مسألة : قال : والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع

وجملته أن ما يحتاج إلى القبض لا تجوز الشركة فيه ولا توليته ولا الحوالة به قبل قبضه وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك : يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لأنها تختص بمثل الأول فجازت قبل القبض كالإقالة ولنا أن هذه أنواع بيع فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه فإن الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه ولأنه تمليك لغير من هو في ذمته فأشبه البيع وفارق الإقامة فإنها فسخ للبيع فأشبهت الرد بالعيب وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة ولا ما أبه ذلك من التصرفات المفتقرة إلى القبض لأنه غير مقبوض فلا سبيل إلى اقباضه

الفصل : وأما التولية والشركة فيما يجوز بيعه فجائزان لأنهما نوعان من أنواع البيع وإنما اختصا بأسماء كما اختص بيع المرابحة والمواضعة بأسماء فإذا اشترى شيئا فقال له رجل : أشركني في نصفه بنصف الثمن فقال : أشركتك صح وصار مشتركا بينهما وإن قال : ولني ما اشتريته بالثمن فقال : وليتك صح إذا كان الثمن معلوما لهما فإن جهله أحدهما لم يصح كما لو باعه بالرقم ولو قال : أشركني فيه أو قال الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن والتولية ابتياعه بمثل الثمن فإذا أطلق اسمه انصرف إليه كما لو قال : اقلني فقال : أقلتك وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به عبد الله بن هشام إلى السوق فيشتري الطعام فيتلقها ابن عمرو و ابن الزبير فيقولان له أشركنا فإن النبي صلى الله عليه و سلم دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها إلى المنزل ذكره البخاري ولو اشترى شيئا فقال له رجل : أشركني فأشركه انصرف إلى نصفه لأنها بإطلاقها تقتضي التسوية فإن اشترى اثنان عبدا فاشتركا فيه فقال لهما رجل : أشركاني فيه فقالا : أشركناك احتمل أن يكون له النصف لأن اشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفردا كان له انصف فكذلك حال الاجتماع ويحتمل أن يكون له الثلث لأن الاشتراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي إلا بجعله بينهم أثلاثا وهذا أصح لأن إشراك الواحد إنما اقتضى النصف لحصول التسوية به وإن أشركه كل واحد منهما منفردا كان له منفردا كان له النصف ولكل واحد منهما الربع وإن قال : أشركاني فيه فأشركه أحدهما فعلى الوجه الأول يكون له نصف حصة الذي أشركه وهو الربع وعلى الآخر له السدس لأن طلب الشركة منهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما فإذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه وإن قال له أحدهما : أشركناك انبنى على تصرف الفضولي فإن قلنا يقف عل ى الإجازة من صاحبه فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه ؟ على الوجهين ولو قال لأحدهما : أشركني في نصف هذا البعد فأشركه فإن قلنا يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولهما نصفه وإلا فله نصف حصة الذي أشركه وإن اشترى عبدا فلقيه رجل فقال : أشركني في هذا العبد فقال : قد أشركتك فله نصفه فإن لقيه آخر فقال : أشركني في هذا البعد وكان عالما بشركة الأول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه لأن طلبه للاشتراك رجع إلى ما ملكه المشارك وهو النصف فيكون بينهما وإن لم يعلم بشركة الأول فهو طالب لنصف العبد لاعتقاده أن العبد كله لهذا الذي طلب منه المشاركة فإذا قال له : أشركتك فيه احتمل ثلاثة أوجه أحدها : أن يصير له نصف العبد كله ولا يبقى للذي شركه شيء لأنه طلب منه نصف العبد فأجابه إلى ذلك فصار كأنه قال : بعني نصف هذا العبد فقال : بعتك وهذا قول القاضي

الثاني : أن ينصرف قوله شركتك فيه إلى نصف نصيبه ونصف نصيب شركيه فينفذ في نصف نصيبه ويقف في الزائد على إجازة صاحبه على إحدى الروايتين لأن لفظ الشركة يقتضي بيع بعض نصيبه ومساواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن شركه لوا يستحق فيه ما طلب منه والثالث : أن لا يكون للثاني إلا الربع بكل حال لأن الشركة إنما تثبت بقول البائع شركتم لأن ذلك هو الإيجاب الناقل للملك وهو عالم أنه ليس له إلا نصف العبد فينصرف إيجابه إلى نصف ملكه وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لأنه إنما طلب انصف فلم يحصل له جميعه إلا أن نقول بوقوفه على الإجازة في الوجه الثاني فيجيزه الآخر ويحتلم أن لا تصح الشركة أصلا لأنه طلب شراء النصف فأجيب في الربع فصار بمنزلة ما لو قال : بعني نصف هذا العبد فقال : بعتك ربعه

فصل : ولو اشترى قفيزا من الطعام فقبض نصف فقال له رجل : بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف إلى النصف المقبوض كله لأن البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعه وهو النصف المقبوض وإن قال : أشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربعه بقسطه من الثمن لأن الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكره القاضي والصحيح إن شاء الله تعالى أنه تنصرف الشركة إلى النصف كله فيكون تابعا لما يصح بيعه وما لا يصح فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة فلا يصح في الربع الذي ليس بمقبوض وهل يصح في المقبوض ؟ على وجهين

فصل : فأما الحوالة فمعناه أن يكون على مشتري الطعام طعام من سلم أو من قرض مثل الذي اشتراه فيقول لغريمه اذهب فاقبض الطعام الذي اشتريته لنفسك فلا يجوز ذلك لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل قبضه له وقد ذكرنا تفريغ هذا في الفصل الذي قبل هذه المسألة

فصل : إذا كان لرجل في ذمة آخر طعام من قرض لم يجز أن يبيعه من غيره قبل قبضه لأنه غير قادر على تسليمه ويجوز بيعه ممن هو في ذمته في الصحيح من المذهب لحديث ابن عمر : كنا نبيع الابعرة بالبقيع بالدراهم فنأخذ مكانها الدنانير وهذا مذهب الشافعي وروي أنه لا يصح كما لا يصح في السلم والأول أولى فإن شارتا نه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لأنه يكون بيع دين بدين فإن أعطاه معنيا مما يشترط فيه التقابض مثل أن أعطاه بدل الحنطة شعيرا جاز التفرق قبل القبض كما لو قال : بعتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل أن لا يجوز لأن المبيع في الذمة فلم يجز التفرق قبل القبض كالسلم

فصل : وإذا قال رجل لغريمة : بعني هذا على أن أقضيك دينك منه ففعل فالشرط باطل لأنه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء وهل يبطل البيع ؟ ينبني على الشروط الفاسدة في البيع هل تبطله على الروايتين وإن قال : اقضني حقي على أن أبيعك كذا وكذا فالشرط بطل والقضاء صحيح لأنه قبضه حقه وإن قال : اقضني أجود من مالي على أن أبيع كذا وكذا فالقضاء والشرط باطلان ولعيه رد ما قبضه والمطالبة بماله

مسألة : قال : وليس كذلك الإقالة لأنها فسخ وعن أبي عبد الله الإقالة بيع

اختلفت الرواية في الإقالة فعنه أنها فسخ وهو الصحيح واختيار أبي بكر وهو مذهب الشافعي والثانية : أنها بيع وهي مذهب مالك لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه فلما كان الأول بيعا كذلك الثاني ولأنه

نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعا كالأول وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما فلا تثبت أحكام البيع في حقهما بل تجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه ويثبت حكم البيع في حق الشفيع حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه بالشفعة ولنا أن الإقالة هي الدفع والإزالة يقال : أقالك الله عثرتك أي أزالها [قال النبي صلى الله عليه و سلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة] يقال : قال ابن المنذر : وفي إجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يقبل المسلم جميع المسلم فيه دليل عل ى أن الإقالة ليست بيعا ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه فلم تكن بيعا كالإسقاط ولأنها تتقدر بالثمن الأول ولو كانت بيعا لم تتقدر به ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخا كالرد بالعيب ويدل على أبي حنيفة بأن ما كان فسخا في حق المتعاقدين كان فسخا في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف حق بالنسبة إلى شخص دون شخص والأصل اعتبار الحقائق

فصل : فإن قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده وقال أبو بكر : لا بد فيها من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أو اختلاف المتبايعين وفارق العدة فإنها اعتبرت للاستبراء والحاجة داعية إليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسألتنا فإن قلنا هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لأن بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخا لأنه رفع للعقد وإزالة به وليست بمعاوضة فأشبهت سائر الفسوخ ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث ولو كانت بيعا استحقت بها الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها كسائر أنواع البيع ولا تجوز إلا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أو بيع لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية وفيه وجه آخر أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول وأقل منه إذا قلنا إنها بيع كسائر البياعات فإن قلنا لا يجوز إلا بمثل الثمن الأول فأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الإقالة وكان الملك باقيا للمشتري وبهذا قال الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه تصح بالثمن الأول ويبطل الشرط لأن لفظ الإقالة اقتضى مثل الثمن واشرط ينافيه فبطل وبقي الفسخ على مقتضاء كسائر الفسوخ ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فبطل كبيع درهم بدرهمين ولأن القصد بالإقالة رد كل حق إلى صاحبه فإذا شرط زيادة أو نقصانا أخرج العقد عن مقصوده فبطل كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه ويفارق سائر الفسخ لأنه لا يعتبر فيه الرضا منهما بل يستقل به أحدهما فإذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه وإن شرط لنفسخ شيئا لم يلزمه أيضا لأنه لا يستحق أكثر من الفسخ وفي مسألتنا لا تجوز الإقالة إلا برضاها وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فإذا أبطلنا شرطه فات رضاه فتبطل الإقالة لعدم رضاه بها ." (١)

" ظهور زيادة في البيع أو نقص بعد الشراء

فصل : إذا قال : بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب على أنه شعرة أذرع فبان أحد عشر ففيه روايتان إحداهما : البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسلمي الزيادة وإنما باع عشرة ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى

---

(١) المغني، ٢٣٩/٤

الكل وعليه ضرر في الشركة أيضا والثانية : البيع صحيح والزيادة للبائع لأن ذلك نقص على المشتري فلا يمنع صحة البيع كالعيب ثم يخبر البائع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم العشرة فإن رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيرا وإن أبى تسليمه زائدا فللمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد فإن رضي بالأخذ أخذ العشرة والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيرا الفسخ ؟ على وجهين أحدهما : له الفسخ لأن عليه ضررا في المشاركة والثاني : لا خيار له لأنه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولأن هذا الضرر حصل بتغريره وإخباره بخلاف غيره فلا ينبغي أن يتسلط به على فسخ عقد المشتري فإن بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وإن تراضيا على ذلك جاز فإن بان تسعة ففيه روايتان إحداهما : يبطل البيع لما تقدم والثانية : البيع صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ والإمساك بتسعة أعشار الثمن وقال أصحاب الشافعي : ليس له إمساكه إلا بكل الثمن أو الفسخ بناء على قولهم إن المعيب ليس لمشتريه إلا الفسخ أو إمساكه بكل الثمن

ولنا أنه وجد المبيع ناقصا في القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنبين أن المعيب له إمساكه وأخذ أرشه أخذه بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لأنه إنما رضي ببيعها بهذا الثمن كله وإذا لم يصل إليه كان له الفسخ فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لأنه وصل الثمن الذي رضيه فأشبه ما لو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن

فصل : وإن اشترى صبر على أنها عشرة أقفزة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا لأنه لا ضرر في الزيادة وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن وقد ذكرنا فيم تقدم أنه متى سمى الكيل في الصبرة لا يكون قبضها إلا بالكيل فإذا كالها فوجدها قدر حقه أخذها وإن كانت زائدة رد الزيادة وإن كانت ناقصة أخذها بقسطها من الثمن وهل له الفسخ إذا وجد ناقصة ؟ على وجهين :

أحدهما : له الخيار وهو مذهب الشافعي لأنه وجد المبيع ناقصا فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة والثاني : لا خيار له لأن نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل بخلاف غيره

فصل : إذا باع الأدهان في ظروفها جملة وقد شاهدها جاز لأن أجزاءها لا تختلف فهو كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والدبس والخل وسائر المائعات التي لا تختلف وإن باعه كل رطل أو باعه رطلا معلومة يعلم أن فيها أكثر منها أو باعه جزءا مشاعا أو أجزاء أو باعه إياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمن معلوم جاز وإن باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لأنه قد رضي أن يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي الآخر زيت كل رطل بدرهم وقال القاضي : لا يصح لأن وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر والأول أصح لأن بيع كل واحد منها منفردا يصح لذلك فكذلك إذا جمعهما كالأرض المختلفة الأجزاء والثياب وغيرهما وأما إن باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحتسب عليه بوزنه ولا يكون مبيعا وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لأنه إذا علم أن ال دهن عشرة والظرف رطلا كان معناه بعتك عشرة أرطال باثني

عشر درهما وإن كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن في الحال وسواء جهلا زنتهما جميعا أو زنة أحدهما لذلك

فصل : وإن وجد في ظرف السمن ربا فقال ابن المنذر قال أحمد و إسحاق : فإن كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمنا وإن لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن وألزمه شريح بقدر الرب سمنا بكل حال وقال الثوري : إن شاء أخذ الذي وجده لا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمنا ولنا أنه وجد المبيع المكيل ناقصا فأشبه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة وقد بينا أنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن كذا ههنا فعلى هذا إنما يأخذا الموجود من السمن بقسطه من الثمن ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنا سواء كان موجودا عنده أو لم يكن فإن تراضيا على إعطائه سمنا جاز والله أعلم ." (١)

" البيع بشرط البراءة من كل عيب

مسألة : قال : ومن باع حيوانا أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ سواء علم به البائع أو لم يعلم

اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب روي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي وقال إبراهيم و الحكم و حماد : لا يبرأ إلا مما سمى وقال شريح : لا يبرأ إلا مما أراه أو وضع يده عليه وروي نحو ذلك عن عطاء و الحسن و إسحاق لأنه مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهل كالخيار والرواية الثانية : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أبو عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبدا بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيبا فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترفعا إلى عثمان ؟ فقال عثمان لأبن عمر : تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال : لا فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا وروي عن أحمد أنه أج ا ز البراءة من المجهول فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب وري هذا عن ابن عمر وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما [روت أم سلمة أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه] فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة لأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح من المجهول كالعتاق والطلاق ولا فرق بين الحيوان ويغره فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر وقول عثمان قد خالفه ابن عمر وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة

فصل : فإن قلنا لا يصح شرط البراءة من العيوب فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لأن ابن عمر باع بشرط البراءة فأجمعوا على صحته ولم ينكره منكر فعلى هذا لا يمنع الرد لوجود الشرط ويكون وجوده كعدمه وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان إحداهما : أنها تفسد العقد فيدخل فيها هذا البيع لأنه البائع إنما رضي بهذا اثمن عوضا عنه بهذا الشرط فإذا فيدس الشرط فات الرضا به فيفسد البيع لعدم التراضي به ." (٢)

---

(١) المغني، ٢٥٠/٤

(٢) المغني، ٢٧٩/٤

" الشروط التي تشترط في البيع والصحيح والفاسد منها

فصل : والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام أحدها : ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد الثاني : تتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة أو اشترط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا الثالث : ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه وهو نوعان أحدهما : اشتراط منفعة البائع في المبيع فهذا قد مضى ذكره الثاني : أن يشترط عقدا في عقد نحو أن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه شيئا آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري وسنذكره إن شاء الله تعالى الرابع : اشتراط ما ينفيا مقتضى البيع وهو على ضربين أحدهما : اشتراط ما بني على التغليب والسراية مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد فهل يصح ؟ على روايتين إحداهما : يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لأن عائشة رضي الله عنه اشترت بريرة وشرط أهلاه عليه عقتها وولاءها فأنكر النبي صلى الله عليه و سلم شرط الولاء دون العتق والثانية : الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه إذا شرط أن لا يبيعه لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه أشبه ما لو شرط أن يبيعه وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بإرادتهم لذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء فإذا حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها وإن حكمنا بصحته فأعتقه المشتري فقد وفى بما شرط لعيه وإن لم يعتقه ففيه وجهان أحدهما : يجبر لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فيجبر لعيه كما لو نذر عتقه والثاني : لا يجبر لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل ما لو شرط ا لرهن والضمين فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لأنه لم يسلم له ما شرطه له أشبه ما لو شرط عليه رهنا وإن تعيب المبيع أ وكان أمة فأحبلها أعتقه وأجزأه لأن الرق باق فليه وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئا فهو له وإن مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع مطلقا وكم يساوي إذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين وفي الآخر يضمن ما نق من قيمته

الضرب الثاني : أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق المبيع وإلا رده أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن وإن أعتقه فالولاء له فهذه وما أشبهها شروط فاسدة وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين قال القاضي : المنصوص عن أحمد : أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي ههنا وهو قول الحسن و الشعبي و النخعي و الحكم و ابن أبي ليلى و أبي ثور والثانية : البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة و الشافعي لأن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن بيع وشرط ولأه شطر فاسد فأفسد البيع كما لو شرط فيه عقدا آخر ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرط والمشتري كذلك إذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه **التراضي**

ولنا ما [روت عائشة قالت : جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقيه فأعينيني فقلت إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون لي ولاؤك فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه و سلم جالس فقالت إني عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فسمع النبي صلى الله عليه و سلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه و سلم فقال : خذيها واشترطي الولاء فإنما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه و سلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد : ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق] متفق عليه فأبطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر : خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبرا يعارضه فالق و ل به يجب فإن قيل المراد بقوله اشترطي لهم الولاء لها بإعتاقها بدليل أنه أمرها به ولا يأمرها بفاسد قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين أحدهما : أن الولاء لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه الثاني : أنهم أبو البيع إلا أن يشترط الولاء لهم فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه منها ؟ وأما أمره بذلك فليس هو أمرا على الحقيقة وإنما هو صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقوله تعالى : ﴿ استغفر لهم أو لا تستغفر لهم ﴾ وقوله : ﴿ اصبروا أو لا تصبروا ﴾ والتقدير واشتراطي لهم الولاء أو لا تشترطي ولهذا قال عقيبه فإنما الولاء لمن أعتق وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا وما ذكروه من المعنى في المقابلة النص غير مقبول

فصل : فإن حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن هو المشترط لأن البائع إنما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط والمشتري إنما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه فإذا لم يحصل غرضه ينبغي أن يرجع بما سمح به كما لو وجد معيبا

فصل : فإن حكمنا بفساد العق لم يحصل به ملك سواء اتصل به القبض أو لم يتصل ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا الشافعي وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك يثبت فيه إذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع الزيادة المنفصلة إلا أن يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته : واحتج بحديث بريرة فإن عائشة اشترتها بشرط الولاء فأعتقتها فأجاز النبي صلى الله عليه و سلم العتق والبيع فاسد ولأن المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط فوجب أن يملكه كما لو كان العقد صحيحا

ولنا أنه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن أو دما فأما حديث بريرة فإنما يدل على صحة العقد لا على ما ذكروه وليس في الحديث أن عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم إنكار النبي صلى الله عليه وسل هذا الشرط تركوه ويحتمل أن الشرط كان سابقا للعقد فلم يؤثر فيه

فصل : وعليه رد البيع مع نمائه المتصل والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يده وإن قص ضمن نقصه لأنها جملة مضمونة فأجزاؤا تكون مضمونة أيضا فإن تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي ولأن أحمد نص عليه في الغصب ولأنه قبضه بإذن مالكه فأشبه العارية وذكر الخرقي في الغصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما

كانت فيخرج ههنا كذلك وهو أولى لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها فكذلك في حال تلفها كما لو أتلفها بالجناية ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

فصل : فإن كان المبيع أمة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده أنها ملكه ولأن في الملك اختلافا وعليه مهر مثلها لأن الحد إذا سقط للشبهة وجب المهر ولأن الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه أرش البكارة إن كانت بكرا فإن قيل أليس إذا تزوج امرأة تزويجا فاسدا فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا لأن النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لأنه معقود على الوطء ولا كذلك البيع فإنه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ولا يحل نكاحها فإن قيل فإذا أوجبتم مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر البكر وقد أدى عوض البكارة بضمانه لها فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها ؟ قلنا لأن مهر البكر ضمان المنفعة وأرش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكرا فقد استوفى نف ع هذا الجزء فوجبت قيمته بما استوفى من نفعه فإذا أتلفه وجب الضمان عينه ولا يجوز أن يضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فإن يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

فصل : وإن ولدت كان ولدها حرا لأنه وطئها بشبهة ويلحق به النسب لذلك ولا ولاء عليه لأنه حر الأصل وعلى الواطئ قيمته يوم وضعه لأنه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فإن سقط ميتا لم يضمن لأنه إنما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ فإن قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا وجب ضمانه قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولأن الجاني أتلفه وقطع نماءه وههنا يضمنه بالحيلولة بينه وبني سيده ووقت الحيلولة وقت السقوط وكان ميتا فلم يجب ضماه وعليه ضمان نقص الولادة وإن ضرب بطنه أجنبي فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة عبد أو أمة للسيد منها أقل الأمرين من أرش الجنين أو قيمته يوم سقط لأن ضمان الضارب له قام مقام خروجه حيا ولذلك ضمنه البائع إنما كان للسيد أقل المرين لأن الغرة إن كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لأنه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئا وإن كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها لأنه بسبب ذلك ضمن وإن ضرب الوطئ بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه الغرة أيضا ولا يرث منها شيئا وللسيد أقل الأمرين كما ذكرنا وإن سلم الجارية المبيعة إلى البائع حالما فولدت عنده ضمن نقص الولادة وإن تلف بذلك ضمنها لأن تلفها بسبب منه وإن ملكها الواطئ لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لأنها علقت منه في غير ملكه فأشبه الزوجة وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره ولا تصير له أم ولده بهذا

فصل : إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لأنه باع ملك غيره بغير إذنه وعلى المشتري رده على البائع الأول لأنه مالك ولبائعه أخذه حيث وجده ويرجع المتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الأول على بائعه فإن تلف في يد الثاني فللبائع مطالبه من شاء منهما لأن الأول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامنا فإن كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الأول لأن التلف في يه فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الأول رجع بالفضل على الثاني

فصل : وإن زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد إلى ما كنا عليه أو ولدت الأمة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المغصوب واحتمل أن لا يضمنها لأنه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده فإن تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها وإلا فلا وإن تلف العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين أتلف قال القاضي : وهذا ظاهر كلام أحمد

فصل : إذا باع بيعا فاسدا وتقابضا ثم ألتف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع وللمشتري أسوة الغرماء وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لأنه في يده فكان أحق به كالمرتهن ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه

فصل : إذا قال : بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لأنه لا يملك المنع والثمن على غيره ولا يشبه هذا ما لو قال : أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة لكون هذا عوضا في مقابلة فك الزوجية ورقبته العبد ولذلك لم يجز في النكاح أما في مسألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لمن العضو على غيره وإن كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان ." (١)

"كتاب الغصب

الغصب هو الإستيلاء على مال غيره بغير حق وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وقوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ﴾ وقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ﴾ والسرقة نوع من الغصب وأما السنة فروى جابر [أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : في خطبته يوم النحر إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا] رواه مسلم وغيره وعن سعيد بن زيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : [من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه من سبع أرضين] متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثربي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : [لا يحل مال أمرئ مسلم إلا بطيب نفس منه] رواه أبو إسحاق الجوزجاني وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه إذا ثبت هذا فمن غصب شيئا لزمه رده ما كان باقيا بغير خلاف نعلمه لقول النبي صلى الله عليه و سلم [على اليد ما أخذت حتى تؤديه] ولأن حق المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته ولا يتحقق ذلك إلا برده فإن تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية ثم ينظر فإن كان مما تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته كالحبوب والأدهان وجب مثله لأن المثل أقرب إليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة

---

(١) المغني، ٣٠٩/٤

والمشاهدة والمعنى والقيمة مماثلة من طريق الظن والإجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الإدراك بالسماع والقياس طريقة ا لظن والإجتهاد وإن كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن العنبري يجب في كل شيء مثله لما روت جسرة بنت دجاجة [عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : ما رأيت صانعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه و سلم فأخذني الأكل فكسرت الإناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ فقال : إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام] رواه أبو داود و [عن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه و سلم كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي صلى الله عليه و سلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته] رواه أبو داود مطولا ورواه الترمذي نحوه وقال : حديث حسن صحيح ولأن النبي صلى الله عليه و سلم إستسلف بعيرا ورد مثله

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتتباين صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى وإما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضى بذلك ." (١)

" مسألة وفصل : جواز الإجارة كل شهر بدرهم

مسألة : قال : وإذا وقعت الإجارة علىكل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضي كل شهر

وجملة ذلك أنه إذا قال أجرتك هذا كل شهر بدرهم فاختلف أصحابنا فذهب القاضي إلى أن الإجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور واختيار الخرقي إلا أن الشهر الأول نلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد لأنه معلوم يلي العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار إن كانت الإجارة على دار لأنه مجهول حال العقد فإذا تلبس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الأول وإن لم يتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ وكذلك حكم كل شهر يأتي وهذا مذهب أبي ثور وأصحاب الرأي وحكي عن مالك نحو هذا إلا أن الإجارة لا تكون لازمة عنده لأن المنافع متقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في اللزوم واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر وأبو عبد الله بن حامد أن العقد باطل وهو قول الثوري والصحيح من قولي الشافعي لأن كل اسم للعدد فإذا لم يقدره كان مبهم ا مجهولا فيكون فاسدا كما لو قال أجرتك مدة أو شهرا وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد في هذا على أن الإجارة وقعت على أشهر معينة

ووجه الأول أن عليا رضي الله عنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي صلى الله عليه و سلم يأكل منه قال علي : كنت أدلو الدلو بتمرة وأشترطها جلدة وعن رجل من الأنصار أنه قال ليهودي : أسقي نخلك ؟ قال : نعم كل دلو بتمرة واشترط الأنصاري أن لا يأخذها خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ إلا جلدة فاستقى بنحو من

---

(١) المغني، ٣٧٤/٥

صاعين فجاء به إلى النبي صلى الله عليه و سلم رواهما ابن ماجة في سننه وهو نظير مسألتنا ولأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضا ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة إذا جرى من المساومة ما دل على **التراضي** بها

فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم تثبت الإجارة فيه لعدم العقد وإن فسخ فكذلك وليس بفسخ في الحقيقة لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد وهو عذر غير صحيح لأن العقد الفاسد في الأعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى ثم لم يحصل القبض ههنا إلا فيما استوفاه وقول مالك لا يصح لأن الإجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة

فصل : إذا قال أجرتك داري عشرين شهرا كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف نعلمه لأن المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال لأنها مدة واحدة فأشبه ما لو قال أجرتك عشرين شهرا بعشرين درهما وإن قال أجرتكها شهرا بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الأول لأنه أفرده بالعقد وبطل في الزائد لأنه مجهول ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال : أجرتكها كل شهر بدرهم لأن معناهما واحد ولو قال أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم أو قال بدرهمين صح في الأول وفيما بعده وجهان ." (١)

" مسألة وفصول : ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع

مسألة : قال : ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع

يعني أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض وهو قول مالك و أبي ثور وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة في الجميع إلا بالقبض وهو قول أكثر أهل العلم قال المروزي : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ويروى ذلك عن النخعي و الثوري و الحسن بن صالح و العنبري و الشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المسألة الأولى ووجه الرواية الأولى أن الهبة أحد نوعي التمليك فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك فأما حديث أبي بكر فلا يلزم فإن جذاذ عشرين وسقا يحتمل أنه أراد به عشرين وسقا مجذوذة فيكون مكيلا غير مين وهذا لا بد فيه من القبض وإن أراد نخلا يجذ عشرين وسقا فهو أيضا غير معين ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه فيكون معناه وعدتك بالنحلة وقول عمر أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر أني نحلت ولدي شيئا ويمسكه في يده ويستغله فإذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئا وهذا على هذا الوجه محرم فنهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده فإن مات ورثها ورثته كسائر ماله وإذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه على أنه قد روي عن علي وابن مسعود خلاف ذلك فتعارضت أقوالهم

---

(١) المغني، ٦/٢٢

فصل : قول الخرقي : إذا قبل يدل على أنه إنما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الإيجاب والقبول والإيجاب أن يقول وهبتك أو أهديت إليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى والقبول أن يقول : قبلت أو رضيت أو نحو هذا وذكر القاضي و أبو الخطاب : أن الهبة والعطية لا تصح كلها إلا بإيجاب وقبول ولا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ وهذا اختيار ابن عقيل فإن النبي صلى الله عليه و سلم كان يهدي ويهدى إليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشهورا و [كان ابن عمر ع لى بعير لعمر فقال النبي صلى الله عليه و سلم لعمر : بعنيه فقال : هو لك يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت] ولم ينقل قبول النبي صلى الله عليه و سلم من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي صلى الله عليه و سلم ولو كان شرطا لفعله النبي صلى الله عليه و سلم وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله

وروى أبو هريرة [أن النبي صلى الله عليه و سلم كان إذا أتي بطعام سأل عنه فإن قالوا صدقة قال لأصحابه كلوا ولم يأكل وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم] ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله ولأنه وجد ما يدل على **التراضي** بنقل الملك فاكتفي به كما لو وجد الإيجاب والقبول

قال ابن عقيل : إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا فلا بد من قول دال عليه أما مع قرائن الأحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان فإذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال وأنها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي به في الهبة أولى

فصل : والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه لا حائل دونه وفيما ينقل بالنقل وفي المشاع بتسليم الكل إليه فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه قيل للمتهب وكل الشريك في قبضه لك ونقله فإن أبى نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك ويتم به عقد شريكه

فصل : وتصح هبة المشاع وبه قال مالك و الشافعي قال الشافعي : سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن وقال أصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لأن القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه وإن وهب واحد اثنين شيئا مما ينقسم لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه وإن وهب اثنان اثنين شيئا مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع

ولنا [أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله صلى الله عليه و سلم أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله صلى الله عليه و سلم ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم] رواه البخاري وهذا هبة المشاع وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : [سمعت النبي صلى الله عليه و سلم وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر فقال أخذت هذه من المغنم لأصلح بردعة لي فقال النبي صلى الله عليه و سلم ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك]

وروى عمرو بن سلمة الضمري قال : [خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه و سلم حتى أتينا الروحاء فرأينا حمار وحش معقورا فأردنا أخذه فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم دعوه فإنه يوشك أن يجيء صاحبه فجاء رجل من بهز وهو الذي عقره فقال يا رسول الله شأنكم الحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه و سلم أبا بكر أن يقسمه بين الناس] رواه الإمام أحمد و النسائي ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ولأنه مشاع فأشبه ما لا ينقسم وقولهم إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذا ههنا ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه دون نصيب صاحبه

فصل : ومتى قلنا إن القبض شرط في الهبة لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه وبهذا يقول أبو حنيفة و الشافعي لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع وإن وهب المغصوب لغاصبه أو لم يتمكن من أخذه منه صح لأنه ممكن قبضه وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب فإن وكل المالك الغاصب في تقبيضه صح وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له فقبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه صار مقبوضا وملكه المتهب وبرئ الغاصب من ضمانه وإن قلنا القبض ليس بشرط في الهبة فما لا يعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر في صحته القدرة على التسليم وهو قول أبي ثور لأنه تمليك بغير عوض أشبه الوصية ويحتمل أن لا تصح هبته لأنه لا يصح بيعه فلم تصح هبته كالحمل في البطن وكذلك يخرج في هبة الطير في الهواء والسمك في الماء إذا كان مملوكا

فصل : ولا تصح هبة الحمل في البطن واللبن في الضرع وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي و أبو ثور لأنه مجهول معجوز عن تسليمه وفي الصوف على الظهر وجهان بناء على صحة بيعه ومتى أذن له في جز الصوف وحلب الشاة كان إباحة وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح وبهذا قال الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا ولا تصبح هبة المعدوم كالذي تثمر شجرته أو تحمل أمته لأن الهبة عقد تمليك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع ." (١)

" فصل : والهبة المطلقة لا تقتضي ثوابا

فصل : والهبة المطلقة لا تقتضي ثوابا سواء كانت من الإنسان لمثله أو دونه أو أعلى منه وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في الهبة : لمثله أو دونه كقولنا : فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان أحدهما : أنها تقتضي الثواب وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها

---

(١) المغني، ٢٨٠/٦

ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتض ثوابا كهبة المثل والوصية وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس فإن عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضا أيهما أصاب عيبا لم يكن له الرد وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها فإن شرط في الهبة ثوابا معلوما صح نص عليه أحمد لأنه تمليك بعوض معلوم فهو كالبيع وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك وثبوت الخيار والشفعة وبهذا قال أصحاب الرأي ولأصحاب الشافعي قول أنه لا يصح لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها

ولنا أنه تمليك بعوض فصح كما لو قال ملكتك هذا بدرهم فإنه لو أطلق التمليك كان هبة وإذا ذكر العوض صار بيعا قال أبو الخطاب : وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به فأما إن شرط ثوابا مجهولا لم يصح وفسدت الهبة وحكمها حكم البيع الفاسد يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة لأنه نماء ملك الواهب وإن كانت تالفة رد قيمتها وهذا قول الشافعي و أبي ثور وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصح فإذا أعطاه عنها عوضا رضيه لزم العقد بذلك فإنه قال في رواية محمد بن الحكم إذا قال الواهب هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع إذا لم يثبه لأنه شرط وقال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا وهب له على وجه الإثابة فلا يجوز إلا أن يثيبه عنها فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه فإن لم يفعل فللواهب الرجوع ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها والأول أصح لأن هذا بيع في ع تبر فيه التراضي إلا أنه بيع بالمعاطاة فإذا عوضه عوضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها وإن لم يحصل التراضي لم تصح لعدم العقد فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعطاة مع التراضي والأصل في هذا قول عمر رضي الله عنه من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها وروي معنى ذلك عن علي و فضالة بن عبيد و مالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا

وقد روى أبو هريرة [أن أعرابيا وهب للنبي صلى الله عليه و سلم ناقة فأعطاه ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كملت تسعا قال رضيت فقال النبي صلى الله عليه و سلم : لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي] من المسند قال أحمد : إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان ولم يثبه منها فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه إلا أن يكون ثوبا لبسه أو غلاما استعمله أو جارية استخدمها فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه ." (١)

" فصل : لا يصح الصداق إلا معلوما يصح بمثله البيع

فصل : ولا يصح الصداق إلا معلوما يصح بمثله البيع وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال القاضي : مجهولا ما لم تزد جهالته على مهر المثل لأن جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل أن يدخل بها ويقوم الخادم وسطا على قدر ما يخدم مثلها ونحو هذا قول أبي حنيفة فعلى هذا إذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب هروي أو مروي وما أشبهه مما يذكر جنسه فإنه يصح

---

(١) المغني، ٦/٣٣١

ولها الوسط وكذلك قفيز حنطة وعشرة أرطال زيت وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبي أو على حنطة أو شعير أو زيت أو على ما اكتسبه في العام لم يصح لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط فيتعذر تسليمه وفي الأول يصح لقول النبي صلى الله عليه و سلم : [العلائق ما تراضى عليه الأهلون] وهذا قد تراضوا عليه ولأنه موضع ي ثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقا كالدية ولأن جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح فههنا مع قلة الجهل فيه أولى ويفارق البيع فإنه لا تحتمل فيه الجهالة بحال وقال مالك : يصح مجهولا لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره وقال أبو الخطاب إن تزوجها على عبد من عبيده أو قميص من قمصانه أو عمامة من عمائمه ونحو ذلك صح لأن أحمد قال في رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فإن تشاحا أقرع بينهم قلت : وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال : نعم ووجهه أن الجهالة ههنا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة بخلاف ما إذا أصدقها عبدا مطلقا فإن الجهالة تكثر فلا يصح

ولنا : أن الصداق عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كعوض البيع والإجازة ولأن المجهول لا يصلح عوضا في البيع فلم تصح تسميته كالمحرم وكما لو زادت جهالته على مهر المثل وأما الخبر فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا بدليل سائر ما لا يصلح وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الأمرين ثم ليست عقدا وإنما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيم المتلفات فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم أن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف وأما مهر المثل فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما يجب قيم المتلفات وإن كانت تحتاج إلى نظر ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند عد م التسمية ولا نصير إلى عبد مطلق ولو باع ثوبا بعبد مطلق فأتلفه المشتري فإنا نصير إلى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل فإن العادة في القبائل والقرى أنيكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب فيكون إذا معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس وإختلافها وإختلاف الأعيان في النوع الواحد وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصا غليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكيم وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنها تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل في كل موضع حكمنا بفساد التسمية ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندي لأن الأعلى التركي والرومي والأسفل الزنجي والحبشي والوسط السندي والمنصوري قال القاضي : وإن أعطاها قيمة العبد لزمها قبولها إلحاقا بالإبل في الدية ." (١)

" فصلان : لا يفتقر الخلع إلى حاكم

---

(١) المغني، ١٩/٨

فصل : ولا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه احمد فقال : يجوز الخلع دون السلطان وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضى الله عنهما وبه قال شريح و الزهري و مالك و الشافعي و إسحاق وأهل الرأي وعن الحسن و ابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان

ولنا قول عمر وعثمان ولأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح ولأنه قطع عقد **بالتراضي** أشبه الإقالة

فصل : ولا باس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه لأن المنع من الطلاق في الحيض من اجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلامها بأدناهما وذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه و سلم المختلعة عن حالها ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه ." (١)

" فصل : حكم ما إذا حاصر الإمام حصنا وصفات الحاكم

فصل : إذا حاصر الامام حصنا لزمته مصابرته ولا ينصرف عنه إلا بخصلة من خصال خمس :

إحداها : أن يسلموا فيحرزوا بالاسلام دماءهم وأموالهم لقول النبي صلى الله عليه و سلم : [أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها] وإن أسلموا بعد الفتح عصموا دماءهم دون أموالهم ويرقون

الثانية : أن يبذلوا مالا على الموادعة فيجوز قبوله منهم سواء أعطوه جملة أو جعلوه خراجا مستمرا يؤخذ منهم كل عام فإن كانوا ممن تقبل منهم الجزية فبذلوها لزمه قبولها منهم وحرم قتالهم لقول الله تعالى : ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ وإن بذلوا مالا على غير وجه الجزية فرأى المصلحة في قبوله قبله ولا يلزمه قبوله إذا لم ير المصلحة فيه

الثالثة : أن يفتحه

الرابعة : أن يرى المصلحة في الانصراف عنه إما لضرر في الإقامة وإما لليأس منه وإما لمصلحة ينتهزها تفوت باقامته فينصرف عنه لما [روي أن النبي صلى الله عليه و سلم حاصر أهل الطائف فلم ينل منهم شيئا فقال : إنا قافلون إن شاء الله تعالى غدا فقال المسلمون : أنرجع عنه ولم نفتحه ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : اغدوا على القتال فغدوا عليه فأصابهم الجراح فقال لهم رسول الله صلى الله عليه و سلم : إنا قافلون غدا فأعجبهم فقفل رسول الله صلى الله عليه و سلم] متفق عليه

الخامسة : أن ينزلوا على حكم حاكم فيجوز لما روي أن النبي صلى الله عليه و سلم لما حاصر بني قريظة رضوا بأن ينزلوا على حكم سعد بن معاذ فأجابهم إلى ذلك والكلام فيه في فصلين : أحدهما صفة الحاكم والثاني صفة الحكم فيعتبر فيه سبعة شروط : أن يكون الحاكم حرا مسلما عاقلا بالغا ؟ ذكرا عدلا فقيها كما يشترط في حاكم المسلمين ويجوز أن يكون أعمى لأن عدم البصر لا يضر في مسألتنا لأن المقصود رأيه ومعرفة المصلحة في أحد أقسام الحكم

---

(١) المغني، ١٧٥/٨

ولا يضر عدم البصر فيه بخلاف القضاء فانه لا يستغني عن البصر ليعرف المدعي من المدعى عليه والشاهد من المشهود له و المشهود عليه والمقر له من المقر ويعتبر من الفقه ههنا ما يتعلق بهذا الحكم مما يجوز فيه ويعتبر له ونحو ذلك ولا يعتبر فقهه في جميع الأحكام التي لا تعلق له بهذا ولهذا حكم سعد بن معاذ ولم يثبت أنه كان عالما بجميع الأحكام إذا حكموا رجلين جاز ويكون ا لحكم ما اتفقا عليه وإن جعلوا الحكم إلى رجل يعينه الإمام جاز لأنه لا يختار إلا من يصلح وإن نزلوا على حكم رجل منهم أو جعلوا التعيين إليهم لم يجز لأنهم ربما اختاروا من لا يصلح وإن عينوا رجلا يصلح فرضيه الامام جاز لأن بني قريظة رضوا بحكم سعد بن معاذ وعينوه فرضيه النبي صلى الله عليه و سلم وأجاز حكمه وقال : [لقد حكمت فيهم بحكم الله] وإن مات من اتفقوا عليه فاتفقوا على غيره ممن يصلح قام مقامه وإن لم يتفقوا على من يقوم مقامه أو طلبوا حكما لا يصلح ردوا إلى مأمنهم وكانوا على الحصار حتى يتفقوا وكذلك إن رضوا باثنين فمات أحدهما فاتفقوا على من يقوم مقامه جاز وإلا ردوا إلى مأمنهم وكذلك إن رضوا بتحكيم من لم تجتمع الشرائط فيه ووافقهم الإمام عليه ثم بان أنه لا يصلح لم يحكم ويردون إلى مأمنهم كما كانوا

وأما صفة الحكم : فإن حكم أن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم نفذ حكمه لأن سعد بن معاذ حكم في بني قريظة بذلك فقال النبي صلى الله عليه و سلم : [لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة] وإن حكم بالمن على المقاتلة وسبي الذرية فقال القاضي : يلزم حكمه وهو مذهب الشافعي لأن الحكم إليه فيما يرى المصلحة فيه فكان له المن كالامام في الأسير

واختار أبو الخطاب أن حكمه لا يلزم لأن عليه أن يحكم بما فيه الحظ ولا حظ للمسلمين في المن وإن حكم بالمن على الذرية فينبغي أن لا يجوز لأن الامام لا يملك المن على الذرية إذا سبوا فكذلك الحاكم ويحتمل الجواز لأن هؤلاء لم يتعين السبي فيهم بخلاف من سبي فإنه يصير رقيقا بنفس السبي وإن حكم عليهم بالفداء جاز لأن الامام مخير في الأسرى بين القتل والفداء والاسترقاق والمن فكذلك الحاكم وإن حكم عليهم باعطاء الجزية لم يلزم حكمه لأن عقد الذمة عقد معاوضة فلا يثبت إلا بالتراضي ولذلك لا يملك الامام إجبار الأسير على اعطاء الجزية وإن حكم بالقتل والسبي جاز للامام المن على بعضهم لأن ثابت بن قيس سأل في الزبير بن باطا من قريظة وماله رسول الله صلى الله عليه و سلم فأجابه ويخالف مال الغنيمة إذا حازه المسلمون لأن ملكهم استقر عليه وإن أسلموا قبل الحكم عليهم عصموا دماءهم وأموالهم لأنهم أسلمو ا وهم أحرار وأموالهم لهم فلم يجز استرقاقهم بخلاف الأسير فان الأسير قد ثبتت اليد عليه كما تثبت على الذرية ولذلك جاز استرقاقه وإن أسلموا بعد الحكم عليهم نظرت فان كان قد حكم عليهم بالقتل سقط لأن من أسلم فقد عصم دمه ولم يجز استرقاقهم لأنهم أسلموا قبل استرقاقهم قال أبو الخطاب : ويحتمل جواز استرقاقهم كما لو أسلموا بعد الأسر ويكون المال على ما حكم فيه وإن حكم بأن المال للمسلمين كان غنيمة لأنهم أخذوه بالقهر والحصر ." (١)

" مسألة حكم ما لو سأل شريكه القسمة فامتنع وأمور مختلفة

---

(١) المغني، ٥٣٦/١٠

مسألة : قال : ولو سأل احدهما شريكه مقاسمته فامتنع أجبره الحاكم على ذلك اذا اثبت عنده ملكها وكان مثله ينقسم وينتفعان به مقسوما

أما إذا طلب أحدهما القسمة فامتنع الآخر لم يخل من حالين أحدهما يجبر الممتنع على القسمة وذلك إذا اجتمع ثلاثة شروط :

أحدها : ان يثبت عند الحاكم ملكهما ببينة لأن في الاجبار على القسمة حكما على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضا فانه لا يحكم على أحدهما انما يقسم بقولهما ورضاهما

الشرط الثاني : أن لا يكون فيها ضرر فان كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع ل [قول النبي صلى الله عليه و سلم : لا ضرر ولا ضرار] رواه ابن ماجة ورواه مالك في موطئه مرسلا [وفي لفظ أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار]

لشرط الثالث : ان يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها فان لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع لأنها تصير بيعا والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين ومثال ذلك أرض قيمتها مائة فيها شجرة أو بئر تساوي مائتين فاذا جعلت الآرض سهما كانت الثلث فيحتاج أن يجعل معها خمسين يردها عليه من لم يخرج له البئر أو الشجرة ليكونا نصفين متساويين فهذه فيها بيع ألا ترى أن آخذ الأرض قد باع نصيبه من الشجرة أو البئر بالثمن الذي أخذه والبيع لا يجبر عليه لقول الله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ؟ فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة أجبر الممتنع منعما على القسمة لأنها تتضمن إزالة ضرر الشركة عنهما وحصول النفع لهما لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ويتمكن من احداث الغراس والبناء والزرع والساقية والاجارة والعارية ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك فوجب أن يجبر الآخر عليه لق و له عليه السلام : [لا ضرر ولا ضرار]

إذا ثبت هذا فقد اختلفوا في الضرر المانع من القسمة ففي قول الخرقي وهو ما لا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفردا فيما كان ينتفع به مع الشركة مثل أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعا لا ينتفع به ولو أمكن أن ينتفع به في شيئ غير الدار ولا يمكن أن ينتفع به دارا لم يجبر على القسمة أيضا لأنه ضرر يجري مجرى الاتلاف

وعن أحمد رواية أخرى أن المانع هو أن ننقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة سواء انتفعوا به مقسوما أو لم ينتفعوا

وقال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد لأنه قال في رواية الميموني إذا قال بعضهم يقسم وبعضهم لا يقسم فان كان فيه نقصان من ثمنه بيع وأعطوا الثمن فاعتبر نقصان الثمن وهذا ظاهر كلام الشافعي لأن نقص قيمته ضرر والضرر منفي شرعا وقال مالك يجبر الممتنع وإن استضر قياسا على مالا ضرر فيه ولا يصح لقوله عليه السلام : [لا ضرر ولا ضرار] ولأن في قسمته ضررا فلم يجبر عليه كقسمة الجوهرة بكسرها ولأن في قسمته اضاعة للمال وقد نهى النبي صلى الله عليه و سلم عن اضاعته ولا يصح القياس على مالا ضرر فيه لما بينهما من الفرق فان كان أحد الشريكين يستضر بالقسمة دون الآخر كرجلين بينهما دار لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثا ها فاذا قسماها يستضر صاحب الثلث لكونه لا تحصل له ما

يكون دارا ولا يستضر الآخر لأنه يبقى له ما يصير دارا مفردة فطلب صاحب الثلثين القسمة لم يجبر الآخر عليها ذكره ابو الخطاب وهو ظاهر كلام أ حمد في رواية حنبل قال : كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمتها وهذا قول ابن أبي ليلى و أبي ثور

وقال القاضي يجبر الآخر عليها وهو قول الشافعي وأهل العراق لأنه طلب إفراد نصيبه الذي لا يستضر بتمييزه فوجبت إجابته إليه كما لو كانا لا يستضران بالقسمة

ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم : [لا ضرر ولا ضرار] ولأنها قسمة يستضر بها صاحبه فلم يجبر عليها كما لو استضرا معا ولأن فيه إضاعة المال وقد نهى النبي صلى الله عليه و سلم عن إضاعته وإذا حرم عليه إضاعته ماله فإضاعتة مال غيره أولى

وقد روى عمرو بن جميع عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : [لا تعصبة على أهل الميراث إلا ما حصل القسم] قال أبو عبيدة هو أن يخلف شيئا إذا قسم كان فيه ضرر على بعضهم أو عليهم جميعا ولأننا اتفقنا على أن الضرر مانع من القسمة وإن الضرر في حق أحدهما مانع ولا يجوز أن يكون المانع هو ضرر الطالب لأنه مرضي به من جهته فلا يجوز كونه مانعا كما لو تراضيا عليها مع ضررهما أو ضرر أحدهما فتعين الضرر المانع من جهة المطلوب ولأنه ضرر غير مرضي به من جهة صاحبه فمنع القسمة كما لو استضرا معا وإن طلب القسمة المستضر بها كصاحب الثلث في المسألة المفروضة أجبر الآخر عليها هذا مذهب أبي حنيفة و مالك لأنه طلب دفع ضرر الشركة عنه بأمر لا ضرر على صاحبه فيه فأجبر عليه كما لا ضرر فيه

يحققه أن ضرر الطالب مرضي به من جهته فسقط حكمه والآخر لا ضرر عليه فصار كما لا ضرر فيه وذكر أصحابنا أن المذهب أنه لا يجبر الممتنع على القسم لنهي النبي صلى الله عليه و سلم عن إضاعة المال ولأن طلب القسمة من المستضر سفه فلا تجب إجابته إلى السفه قال الشريف متى كان أحدهما يستضر لم تجب القسمة وقال أبو حنيفة متى كان أحدهما ينتفع بها وجبت

وقال الشافعي ان انتفع بها الطالب وجبت وإن استضربها الطالب فعلى وجهين وقال مالك تجب على كل حال ولو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها لكل واحد منهما ربعها فإذا قسمت استضر كل واحد منهما ولا يستضر صاحب النصف فطلب النصف القسمة وجبت إجابته لأنه يمكن قسمتها نصفين فيصير حقهما لهما دارا وله النصف فلا يستضر أحد منهما ويحتمل أن لا تجب عليهما الإجابة لأن كل واحد منهما يستضر بإفراز نصيبه وإن طلبا المقاسمة فامتنع صاحب النصف أجبر لأنه لا ضرر على واحد منهم وإن طلبا إفراز نصيب كل واحد منهما أو طلب أحدهما إفراز نصيبه لم تجب القسمة على قياس المذهب لأنه إضرار بالمطالب وسفه وعلى الوجه الذي ذكرناه تجب القسمة لأن المطلوب منه لا ضرر عليه

الحال الثاني : الذي لا يجبر أحدهما على القسمة وهي ما إذا عدم أحد الشروط الثلاثة فلا تجوز القسمة إلا برضاهما وتسمى قسمة **التراضي** وهي جائزة مع اختلال الشروط كلها لأنها بمنزلة البيع والمناقلة وبيع ذلك جائز ." (١)

" مسألة وفصل في طرح السهام إذا قسم وشروط القاسم

مسألة : قال : وإذا قسم طرحت السهام فيصير لكل واحد ما وقع سهمه عليه إلا ان يتراضيا فيكون لكل واحد ما رضي به

وجملته أن القسمة على ضربين قسمة إجبار وقسمة تراضي وقد ذكرنا أن قسمة الإجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد ولا تخلو من أربعة أقسام أحدها : أن تكون السهام متساوية وقيمة أجزاء المقسوم متساوية الثاني : أن تكون السهام متساوية وقيمة الأجزاء مختلفة الثالث : أن تكون السهام مختلفة وقيمة الأجزاء متساوية الرابع : أن تكون السهام مختلفة والقيمة مختلفة فأما الأول فمثل أرض بين ستة لكل واحد منهم سدسها وقيمة أجزاء الأرض متساوية فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة لتساوي أجزائها في القيمة ثم يقرع بينهم وكيفما أقرع بينهم جاز في ظاهر كلام أحمد فإنه قال في رواية أبي داود إن شاء الله رقاعا وإن شاء خواتيم يطرح ذلك في حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم معين ثم يقال اخرج خاتما على هذا السهم فمن خرج خاتمه فهو له وعلى هذا لو أقرع بالح صا أو غيره جاز واختار أصحابنا في القرعة أن يكتب رقاعا متساوية بعددالسهام وهو ههنا مخير بين أن يخرج الأسماء على السهام وبين اخراج السهام على الأسماء فإن أخرج الأسماء على السهام كتب في كل رقعة اسم واحد من الشركاء وتترك في بنادق طين أو شمع متساوية القدر والوزن ويترك في حجر من لم يحضر القسمة ويقال له أخرج بندقة على هذا السهم فإذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج اسمه في البندقة ثم يخرج أخرى على سهم آخر كذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقي وإن اختار اخراج السهام على الأسماء كتب الرقاع أسماء السهام فيكتب في رقعة الأول مما يلي جهة كذا وفي أخرى الثاني حتى يكتب الستة ثم يخرج الرقعة واحد بعينه فيكون له السهم الذي في الرقعة ويفعل ذلك حتى يبقى الأخير لمن بقي وذكر أبو بكر أن البنادق تجعل طينا وتطرح في ماء ويعين واحد فأي البنادق انحل الطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهي له وكذلك الثاني والثالث وما بعده فإن خرج اثنان أعيد الإقراع والأول أولى وأسهل

القسم الثاني : أن تكون السهام متفقة والقيمة مختلفة فإن الأرض تعدل بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ويفعل في إخراج السهام مثل الذي قبله سواء لا فرق بينهما إلا أن التعديل ثم بالسهام وههنا بالقيمة

القسم الثالث : أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة مثل أرض ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها وأجزاؤها متساوية القيمة فإنها تجعل سهاما بقدر أقلها وهو السدس فتجعل ستة أسهم وتعدل بالأجزاء ويكتب ثلاث رقاع باسمائهم ويخرج رقعة على السهم الأول فإن خرجت لصاحب السدس أخذه ثم يخرج أخرى على الثاني فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثاني والثالث وكانت الثلاثة الباقية لصاحب النصق بغير قرعة وإن خرجت القرعة الثانية

---

(١) المغني، ٤٩٣/١١

لصاحب النصف أخذ الثاني والثالث والرابع وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث وإن خرجت القرعة الأولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الأول وتخرج الثانية على الرابع فإن خرجت لصاحب الثلث أخذه والذي يليه وكان السدس لصاحب السدس فان خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث أخذ الأول والثاني ثم يخرج الثانية على الثالث فان خرجت لصاحب ال نصف أخذ الثالث والرابع والخامس وأخذ الآخر السادس وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ صاحب النصف ما بقي وقيل تكتب ستة رقاع باسم صاحب النصف ثلاث وباسم صاحب الثلث اثنان وباسم صاحب السدس واحدة وهذا لا فائدة فيه فان المقصود خروج اسم صاحب النصف وإذا كتب ثلاث رقاع حصل المقصود فاغنى ولا يصح أن يكتب رقاعا بأسماء السهام ويخرجها على أسماء الملاك لأنه إذا أخرج واحدة فيها السهم الثاني لصاحب السدس ثم أخرج أخرى لصاحب النصف أو الثلث فيهما السهم الأول احتاج أن يأخذ نصيبه متفرقا فيتضرر بذلك

القسم الرابع : إذا اختلف السهام والقيمة فان القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ثم يخرج الرقاع فيها الاسماء على السهام كما ذكرنا في القسم الثالث سواء لا فصل بينهما إلا أن التعديل ههنا بالقيم وفي التي قبلها بالمساحة وأما الضرب الثاني وهي قسمة **التراضي** التي فيها رد ولا يمكن تعديل السهام إلا أن يجعل مع بعضها عوض فهذه لا اجبار فيها لأنها معاوضة ولا يجبر على المعاوضة وكذلك سائر ما لا تجب قسمته الدارين تجعل كل واحدة منهما سهما وما يدخل الضرر عليهما بقسمته وأشباه هذا وقد ذكرنا منه صورا فيما تقدم

إذا ثبت هذا فان قسمة الاجبار تلزم باخراج القرعة لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه فيلزم باخراجها كلزوم حكم الحاكم وأما قسمة **التراضي** ففيها وجهان أحدهما : يلزمه أيضا كقسمة الاجبار لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمة والثاني : لا تلزم لأنها بيع والبيع يلزم **بالتراضي** لا بالقرعة وإنما القرعة ههنا لتعريف البائع من المشتري فأما ان تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما واحدا من السهمين بغير قرعة فانه يجوز لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ويلزم ههنا **بالتراضي** وتفرقهما كما يلزم البيع

فصل : ويجوز للشريكين أن يقتسما بانفسهما وان يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما وان ينصبا قاسما يقسم لهما فان نصيب الحاكم قاسما لهما فمن شرطه العدالة ومعرفة الحساب والقيمة والقسمة ليوصل إلى كل ذي حق حقه وهذا قول الشافعي إلا أنه يشترط كونه حرا وان نصيبا قاسما بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحام في لزوم قسمته بالقرعة وان كان كافرا أو فاسقا أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع إلى لزوم القسمة ويجزئ قاسم واحد فيما الا يحتاج الى تقويم فان احتاج القسم الى التقويم احتاج الى قاسمين لأنه يحتاج الى أن يكون المقوم اثنين ولا يكفي في التقويم واحد فمتى نصبا قاسما أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحققة لزمت القسمة بقرعته إن اختل فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة الا

بتراضيهما لأن وجوده وعدمه واحد وإن قسما بانفسهما وأقرعا لم تلزم القسمة الا بتراضيهما بعد القرعة لأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه ." (١)

" فصول أحكام مختلفة في القسمة والمتقاسمين

فصل : وعلى الامام أن يرزق القاسم من بيت المال لأن هذا من المصالح وقد روي أن عليا رضي الله عنه اتخذ قاسما وجعل له رزقا من بيت المال فان لم يرزقه الامام قال الحاكم للمتقاسمين ادفعا الى القاسم أجرة ليقسم بينكما فان استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز وإن استأجروه جميعا اجارة ليقسم بينهم الدار بإجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الأخر بقدر نصيبه من المقسوم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يكون عليهم على عدد رؤوسهم لأن عمله في نصيب أحدهما كعملة في نصيب الآخر سواء تساوت سهامهم أو اختلف فكان الأجر بينهم سواء

ولنا أن أجر القسمة يتعلق بالملك فكان بينهم على قدر الاملاك كنفقة العبد وما ذكروه لا يصح لأن العمل في أبر النصيبين أكثر ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلا أو موزونا كان كيل الكثير أكثر عملا من كيل القليل ؟ وكذل الوزن والزرع وعلى أنه يبطل بالحافظ فان حفظ القليل والكثير سواء ويختلف أجره باختلاف المال

فصل : وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها وبهذا قال أبو يوسف ومحمد و الشافعي وقال أبو حنيفة هي على الطالب للقمسة لأنها حق له

ولنا أن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء وهم فيها سواء فكانت الأجرة عليها كما لو تراضوا عليها

فصل : وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطا في القسمة وأنه أعطي دون حقه نظرت فإن كانت قسمته تلزم بالقرعة ولا تقف على تراضيهما فالقول قول عليه مع يمينه ولا تقبل دعوى المدعى إلا ببينة عادلة فإن أقام شاهدين عدلين نقصت القسمة وأعيدت وإن لم تكن بينة وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه احلف له وإنما قدمنا قول المدعى عليه لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيها وإن كانت مما لا تلزم إلا بالتراضي كالذي قسماه بأنفسهما ونحوه لم تسمع دعوى من ادعى الغلط هكذا قال أصحابنا وهو مذهب الشافعي لأنه قد رضي بذلك ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه تلزمه والصحيح عندي أن هذه كالتي قبلها وأنه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة لأن ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطا في كيله أو وزنه

وقولهم أن حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح فإنه إنما يسقط مع علمه أما إذا ظن أنه أعطي حقه فرضي بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حقه كالثمن والمسلم فيه فإنه لو قبض المسلم فيه بناء على أنه عشرة مكاييل راضيا بذلك ثم ثبت أنه ثمانية أو ادعى المسلم إليه أنه غلط فأعطاه اثني عشر وثبت ذلك ببينة لم يسقط حق واحد منهما بالرضا ولا يمنع سماع دعواه وبينته ولأن المدعى عليه في مسألتنا لو أقر بالغلط لنقضت القسمة ولو سقط حق المدعي بالرضا لما نقضت القسمة بإقراره كما لو وهبه الزائد وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع دارا على أنها عشرة

---

(١) المغني، ١١/٥٠٣

أذرع فبانت تسعة أو أحد عشر أن البيع باطل في أحد الوجهين وفي الآخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه والبيع إنما يلزم **بالتراضي** فلو كان **التراضي** يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشتري من النقص والله أعلم

ولأن من رضي بشيء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه كما لو اقتسما شيئا وتراضيا به ثم بان نصيب أحدهما مستحقا فإن قيل : فلم لا تعطي المظلوم حقه في هاتين المسألتين ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط في الثمن أو المسلم فيه قلنا لأن الغلط ههنا في نفس القسمة بتفويت شرط من شروطها وهو تعديل السهام فتبطل لفوات شرطها وفي المسلم والثمن الغلط في القبض دون العقد فإن العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط في قبض عوضه في صحته بخلاف مسألتنا

فصل : إذا اقتسم الشريكان شيئا فبان بعضه مستحقا نظرت فإن كان معينا في نصيب أحدهما بطلت القسمة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقي من حقه كما لو وجد عيبا فيما أخذه

ولنا أنها قسمة لم تعدل فيها السهام فكانت باطلة كما لو فعلا ذلك علمهما بالحال وأما إذا بان نصيب أحدهما معيبا فيحتمل أن تمنع المسألة ونقول ببطلان القسمة لعدم التعديل بالقيمة ويحتمل أن يفرق بينهما فإن العيب لا يمكن التحرز منه فلم يؤثر في البطلان كالبيع وإن كان المستحق في نصيبهما على السواء لم تبطل القسمة لأن ما يبقى لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه ولأن القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر وقد أفرز كل واحد منهما حقه إلا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائة أو ضوئه أو نحو هذا فتبطل القسمة لأن هذا يمنع التعديل وإن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت لما ذكرناه وإن كان المستحق مشاعا في نصيبهما بطلت القسمة لأن الثالث شريكهما وقد اقتسما من غير حضوره ولا إذنه فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فاقتسما دونه وإن كانا يعلمان المسرتحق حال القسمة أو أحدهما فالحكم فيها كما لو لم يعلما على ما ذكرنا من التفصيل فيه والله أعلم

فصل : وإذا ظهر في نصيب أحدهما عيب لم يعلمه قبل القسمة فله فسخ القسمة أو الرجوع بأرش العيب لأنه نقص في نصيبه فملك ذلك كالمشتري ويحتمل أن تبطل القسمة لأن التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع

فصل : وإذا اقتسما دارين فأخذ كل واحد منهما دارا وبنى فيها أو اقتسما أرضين فبنى أحدهما في نصيبه أو غرش ثم استحق نصيبه ونقض بناؤه وقلع غرسه فإنه يرجع على شريكه بنصف البناء والغرس ذكره الشريف أبو جعفر وحكاه أبو الخطاب عن القاضي وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن ليس له الرجوع عليه بشيء لأنه بنى وغرس بإختيار نفسه فلم يرجع بنقص ذلك على غيره كما لو بنى في ملك نفسه

ولنا أن هذه القسمة بمنزلة البيع فإن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار على أن تكون كل واحدة منهما نصيبا وإنما يقسمان كذللك **بالتراضي** فتكون جارية مجرى البيع ولو باعه الدار جميعها ثم بانت مستحقة رجع عليه بالبناء كله فإذا باعه نصفها رجع عليه بنصفه وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة **التراضي** الذي فيه رد عوض

وما لا يجبر على قسمته لضرر فيه ونحو ذلك فأما قسمة الإجبار إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغرس فيه فنقض البناء وقلع الغرس فإن قلنا القسمة بيع فالحكم فيها كذلك وإن قلنا ليست بيعا لم يرجع لأن شريكه لم يغره ولم ينقل إليه من جهته بيع وإنما أفرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه هذا الذي يقتضيه قول اصحابنا

فصل : وإذا اقتسم الورثة تركة الميت ثم بان عليه دين لا وفاء له إلا مما اقتسموه لم تبطل القسمة لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها لأنه تعلق بها بغير رضاهم فأشبه تعلق دين الجناية برقبة الجاني ويفارق الرهن لأن الحق يتعلق به برضا مالكه واختياره فعلى هذا يقال للورثة إن شئتم وفيتم الدين والقسمة بحالها وإن شئتم نقضت القسمة وبيعت التركة في الدين فإن أجاب أحدهم وامتنع الآخر بيع نصيب الممتنع وحده وبقي نصيب المجيب بحاله وإن كان ثم وصية يجزء من المقسوم فالحكم فيه كما لو ظهر مستحقا على مر من التفصيل فيه لأنه يستحق أخذه وإن كانت الوصية بمال غير معين مثل أن يوصي بمائة دينار فحكمها حكم الدين على ما بينا

فصل : وإذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة ما في الأجزاء بأن يجعل لأحدهما بعض الدار يسكنها أو بعض الحقل يزرعه ويسكن الآخر ويزرع في الباقي أو يسكن أحدهما ويزرع سنة ويسكن الآخر ويزرع سنة أخرى لم يجبر الممتنع منهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة و مالك يجبر لأن في الامتناع ضررا فينتفي بقوله عليه السلام : [لا ضرر ولا ضرار] ووافقنا أبو حنيفة في العبيد خاصة على أنه لا يجبر على المهايأه

ولنا أن النهايأة فلا يجبر عليها كالبيع ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل فلا يجوز تأخيره بغير رضاه كالدين وكما في العبيد عند أبي حنيفة ويخالف قسمة الأصل فإنه إفراز النصيبين وتمييز أحد الحقين

إذا ثبت هذا فإنهما إذا اتفقا على المهايأة جاز لأن الحق لهما فجاز فيه ما تراضيا عليه كقسمة التراضي ولا يلزم بل متى رجع أحدهما عنها انتقضت المهايأة ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك وانتقضت المهايأة ووافق أبو حنيفة وأصحابه في انتقاضها بطلب القسمة وقال مالك تلزم المهايأة لأنه يجبر لأنه يجبر عليها عنده فلزمت كقسمة الأصل

ولنا أنه بذل منافع ليأخذ من غير إجارة فلم يلزم كما لو أعاره شيئا ليعيره شيئا آخر إذا احتاج إليه وفارق القسمة فإنها إفراز حق على ما ذكرناه

فصل : قال أحمد في قوم اقتسموا دارا وحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة واحدة قسمت الدارب بينهم على قدر الأذرع يعني أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها وهذا محمول على أن زيادة أحدهما في الأذرع كزيادة ملكه فيها مثل أن يكون لأحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعا وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون فإن الثمن يقسم بينهما أخماسا على قدر ملكهما في الدار فإن كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذه صاحبها مثل دار بينهما نصفين فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعا وأخذ الآخر من رديئها ستين ذراعا فلا ينبغي أن يقسم الثمن على قدر الأذرع بل يقسم بينهما نصفين لأن الستين ههنا معدولة بالأربعين فكذلك يعدل بها في الثمن والله أعلم وقال أحمد في قوم اقتسموا دارا كانت أربعة سطوح يجري عليها الماء فلما اقتسموا أراد أحدهم منع

جريان ماء الآخر عليه وقال هذا شيء ق د صار لي قال إن كان بينهما شرط أنه يرد الماء فله ذلك فإن لم يشترط فليس له منعه ووجهه أنهم اقتسموا الدار واطلقوا فاقتضى ذلك أن يملك كا واحد حصته بحقوقها وكما لو اشتراها بحقوقها ومن حقها جريان مائها في ماء كان يجري إليه معتادا له وهو على سطح المانع فلهذا استحقه حالة الإطلاق فإن تشارطا على رده فالشرط أملك والمؤمنون على شروطهم وقال أبو الخطاب إذا اقتسما دارا فحصل الطريق في نصيب أحدهما وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه وإلا بطلت القسمة وذلك لأن القسمة تقتضي التعديل والنصيب الذي لا طريق له لا قيمة له إلا قيمة قليلة فلا يحصل التعديل ولأن من شرط الإجبار على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به وهذا لا ينتفع به وهذا لا ينتفع به آخذه فإن كان قد أخذه راضيا به عالما بأنه لا طريق له جاز لأن قسمة **التراضي** بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز وقياس المسألة التي قبل هذه أن الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر ما لم يشترط صرفها عنه كمجرى الماء والله أعلم

فصل : قال وللأب والوصي قسمة مال الصغير مع شريكه لأن القسمة أما إفراز حق أو بيع وكلاهما جائز لهما ولأن في القسمة مصلحة للصبي فجازت كالشراء له ويجوز لهما قسمة **التراضي** من غير زيادة في العوض لأن فيه دفعا لضرر الشركة فأشبه ما لو باعه لضرر الحاجة إلى قضاء الدين أو الحاجة إلى النفقة

فصل : ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو من فوض الإمام إليه ذلك فإن كان من ولاه ليس بعدل فهل تصح ولايته ؟ على وجهين ويلزم الإمام أن يختار للقضاء بين المسلمين أفضل من يقدر عليه لهم والألفاظ التي تنعقد بها الولاية تنقسم إلى صريح وكناية فالصريحة سبعة ألفاظ وهي قد وليتك الحكم وقلدتك واستنبتك واستخلفتك ورددت إليك الحكم وفوضت إليك وجعلت إليك فإذا وجد أحد هذه الألفاظ من المولي وجوابها من المولى بالقبول انعقدت الولاية وأما الكناية فهي أربعة ألفاظ قد اعتمدت عليك وعولت عليك ووكلت إليك واستندت إليك فلا تنعقد الولاية بها حتى تقترن بها قرينة نحو قوله فاحكم فيما وكلت إليك وانظر فيما أسندت إليك وتول ما عولت فيه عليك وإذا صحت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر في عشرة أشياء فصل الخصومات بين المتنازعين واستيفاء الحق ممن ثبت عليه ودفعه إلى مستحقه والنظر في أموال اليتامى والمجانين والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس والنظر في الوقوف في عمله في حفظ أصولها وإجراء أصولها فروعها على ما شرطه الواقف وتزويج الأيامى اللاتي لا أولياء لهن وإقامة الحدود والنظر في مصالح المسلمين في عمله بكف الأذى عن طرقات المسلمين وأفنيتهم وتصفح حال شهوده وأمنائه والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم والإمامة في صلاة الجمعة والعيد وفي جباية الخراج وأخذ الصدقة وجهان

فصل : قال ويوصي الوكلاء والأعيان على بابه بتقوى الله تعالى والرفق بالخصوم وقلة الطمع ويجتهد أن لا يكونوا شيوخا أو كهولا من أهل الدين والصيانة والعفة

فصل : قال ابن المنذر يكره للقاضي أن يفتي في الأحكام كان شريح يقول أنا أقضي ولا أفتي وأما الفتيا في الطهارة وسائر ما لا يحكم في مثله فلا بأس بالفتيا فيه ." (١)

---

(١) المغني، ٥٠٨/١١

" ويشهد على من سمعه يقر بحق وإن لم يقل للشاهد : اشهد علي

مسألة : قال : ويشهد على من سمعه يقر بحق وإن لم يقل للشاهد : اشهد علي

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فالمذهب ما ذكره الخرقي وبه قال : الشافعي و الشعبي وعن أحمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر : اشهد علي كما أنه لا يجوز أن يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ويقول له : اشهد على شهادتي وعنه رواية ثالثة إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين يشهد لأن المقر بالدين معترف أنه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون افترض منه ثم وفاه وعنه رواية رابعة إذا سمع شيئا فدعي إلى الشهادة فهو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد قال : ولكن يجب عليه إذا أشهد إذا دعي ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ قال : إذا أشهدوا وقال ابن أبي موسى : إذا سمع رجلا يقر بحق ولم يقل : اشهد علي بذلك وسمع الشاهد فله أن يشهد عليه فيقول : أشهد أني حضرت إقرار فلان بكذا ولا يقول : أشهد على إقراره وإن سمعه يقول : اقترضت من فلان أو قلضت من فلان لم يجز أن يشهد به والصحيح الأول لأن الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز إن شهد به كما يجوز أن يشهد بما رآه من الأفعال وذكر القاضي أن في الأفعال روايتين :

إحداهما : لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه : اشهد وهذا إن أراد به العموم في جميع الأفعال فلا يصح لأن ذلك يؤدي إلى منع الشهادة عليها بالكلية فإن الغاصب لا يقول لأحد : اشهد علي أني أغصب ولا السارق ولا السارقة ولا الزاني ولا القاتل وأشباه هؤلاء وقد شهد أبو بكر وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر : هل أشهدكم أولا ؟ ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا من غيرهم ولا قاله الذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة وإن أراد به الأفعال التي تكون بالتراضي كالقرض والقبض فيه وفي الوهن والبيع والافتراق ونحو ذلك جاز ." (١)

" حكم ما لو كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه وأحكام مختلفة

مسألة : قال : أبو القاسم رحمه الله : وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه معا أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ففعل و عتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حرا وولاؤه بينهم أثلاثا

وجملته أن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معا إما بأنفسهم بأن يتلفظوا بعتقه معا أو يعلقوا عتقه على صفة واحدة فتوجد أو يوكلوا واحدا فيعتقه أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه فإنه يصير حرا وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه لأن النبي صلى الله عليه و سلم قال [إنما الولاء لمن أعتق] وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه وهذا لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا فأما إن أعتقه سادته الثلاثة واحدا بعد واحد وهم معسرون أو كان المعتقان الأولان معسرين والثالث موسرا فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه وله ولاؤه وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي ابن المنذر فيما أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين

---

(١) المغني، ٩٨/١٢

أحدهما : باطل لأنه لا يمكن أن يعتق نصفه منفردا إذ لا يمكن أن يكون إنسان نصفه حرا ونصفه عبد كما لا يمكن أن يكون نصف المرأة طالقا ونصفها زوجة ولا سبيل إلى عتقه جميعه فبطل كله

والثاني : يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذي لم يعتق في ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ويردهما قول النبي صلى الله عليه و سلم [من أعتق شركا له في عبد فكان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق] متفق عليه وإذا ثبت أنه لا يعتق على المعسر إلا نصيبه فباقي العبد على الرق وإذا أعتقه مالكه عتق بإعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ما أعتق لأن الولاء لمن أعتق ويفارق العتق الطلاق لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها ولا ورود النكاح على بعضها ولا تكون إلا لواحد فنظيره إذا كان العبد لواحد فأعتق لواحد جزءا منه فإنه يعتق جميعه

فصل : وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبد إذا دخلت الدار فنصيبي منك حر فدخل عتق عليهم جميعا وسواء قالوا ذلك دفعة واحدة أو في دفعات متفرقة لأن العتق في أنصبائهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تعليقه

مسألة : قال : ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه

وجملته أن الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه ولا نعلم خلافا فيه لما فيه من الأثر ولأنه جائز التصرف أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره فينفذ فيه كما لو أعتق جميع العبيد المملوك له وإذا أعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حرا وعلى المعتق قيمة أنصباء شركائه والولاء له وهذا قول مالك و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة و الثوري و الشافعي و أبي يوسف و محمد و إسحاق

وقال البتي : لا يعتق إلا حصة المعتق ونصيب الباقين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى ابن التلب عن أبيه [أن رجلا أعتق شقصا له في مملوك فلم يضمنه النبي صلى الله عليه و سلم] ذكره أحمد ورواه ولأنه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق إلا أن تكون جارية نفيسة يغالى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه

وقال أبو حنيفة لا يعتق إلا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء إن شاء أعتق وإن شاء استسعى لعبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

ولنا الحديث الذي رويناه وهو حديث صحيح متفق عليه ورواه مالك في موطئه عن نافع عن ابن عمر فأثبت النبي صلى الله عليه و سلم العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره

وروى قتادة عن أبي المليح عن أبيه [أن رجلا من قومه أعتق شقصا له من مملوك فرفع له ذلك إلى النبي صلى الله عليه و سلم فجعل خلاصه عليه في ماله وقال ليس لله شريك] قال أبو عبد الله : الصحيح أنه عن أبي المليح عن النبي صلى الله عليه و سلم مرسل وليس في عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البتي شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جميعا بين الأحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فإن البيع لا يسري فيما إذا كان العبد كله له والعتق يسري فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتق نصفه عتق كله وإذا ثبت هذا فإن ولاءه

يكون له لأنه عتق بإعتاقه من ماله وقد قال النبي صلى الله عليه و سلم [إنما الولاء لمن أعتق] ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه

فصل : ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلما وبعضهم كافرا ذكره القاضي وهو قول الشافعي

وقال أبو الخطاب في الكافر وجه أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لأنه لا يصح شراء الكافر عبدا مسلما

ولنا عموم الخبر ولأن ذلك ثبت لإزالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء ولو قدر أن ههنا تمليكا لكان تقديرا في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه فإن قدر فيه ضرر فهو مغمور بالنسبة إلى ما يحصل من العتق فوجوده كالعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله أعلم

مسألة : قال : فإن أعتقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق لأنه قد صار حرا بعتق الأول له

يعني أن العتق يسري إلى جميعه باللفظ لا يدفع القيمة فيعتق كله لفظ بالعتق ويصير حرا وتستقر القيمة عليه فلا يعتق بعد ذلك غيره وبهذا قال ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الثوري و أبو يوسف و محمد و إسحاق و ابن المنذر و الشافعي في قوله واختاره المزني وقال الزهري و عمرو بن دينار و مالك و الشافعي في قوله له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكا لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق وهذا مقتضى قول أبي حنيفة واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه و سلم [قوم عليه قيمة العدل فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد] وفي لفظ رواه أبو داود [فإن كان موسرا يقوم عليه قيمة عدل ولا وكس ولا شطط ثم يعتق] فجعله عتيقا بعد دفع القيمة ولأن العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقا لم يعتق إلا بالأداء كالمكاتب وللشافعي قول ثالث أن العتق مراعى فإن دفع القيمة تبينا أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه وإن لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق لأن فيه احتياطا لهما جميعا

ولنا حديث ابن عمر روي بألفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فمنها لفظ رواه أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه و سلم قال [من اعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق] رواه البخاري و أبو داود و النسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر [فكان له مال فقد عتق كله] وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر [وكان للذي يعتق ما يبلغ ثمنه فهو يعتق كله] وروى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم [من أعتق شقصا في مملوك فهو حر من ماله] وهذه النصوص في محل النزاع فإنه جعله حرا عتيقا بإعتاقه مشروطا بكونه موسرا ولأنه عتق بالسراية فكانت حاصلة عقيب لفظه كما لو أعتق حرا من عبيده ولأن القيمة معتبرة وقت الإعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الإعتاق وعند الشافعي لا ينفذ بالإعتاق أيضا فدل على أن العتق حصل فيه بالإعتاق الأول فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فإن الواو لا تقتضي ترتيبا وأما العطف يتم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى ﴿ ثم الله شهيد

على ما يفعلون ﴾ أما العوض فإنما وجب على المتلف بالإعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الإعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء وولاءه كله للعتق الأول وعليه القيمة لأنه قد صار حرا بإعتاقه وعند المالك يكون ولاؤه بينهم أثلاثا ولا شيء على المعتق الأول من القيمة ولو أن المعتق الأول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته دينا يزاحم بها الشريكان عندنا وعند مالك لا يعتق منه إلا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملا فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها لأنه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها أيضا و لو تلف العبد قبل أداء القيمة مات حرا والقيمة على المعتق لأنه فوت عليه رقه وعند مالك لا شيء على المعتق ما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد

فصل : والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لأنه حين الإتلاف وهو أحد أقوال الشافعي وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الأقوال كلها فإن اختلفا في قدرها رجع إلى قول المقومين فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمنا تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لأنه ينكر الزيادة والأصل براءة ذمته منها وهذا أحد قولي الشافعي وإن اختلف في صناعة في العبد توجب زيادة القيمة فالقول قول المعتق لذلك إلا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعليمها فيه فالقول قول الشريك لأننا علمنا صدقة وإن مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان :

أحدهما : القول قول المعتق لأن الأصل براءة ذمته والثاني : القول قول الشريك لأن الأصل بقاء ما كان وعدم الحدوث وإن اختلفا في عيب ينقص كسرقة أو إباق فالقول قول الشريك لأن الأصل السلامة فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وإن كان العيب فيه بحال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق لأن الأصل براءة الذمة وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لأن الأصل براءته من العيب حين الإعتاق

فصل : والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوته يومه وليلته وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة والمسكن وسائر ما لا بد له منه يدفعه إلى شريكه ذكره أبو بكر في التنبيه وإن وجد بعض ما يفي بالقيمة قوم عليه قدر ما يملكه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال أحمد لا تباع فيه دار ولا رباع ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال قال مالك و الشافعي : يباع عليه سوار بيته وما له بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك ما يقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعتق لأنه حال الوجوب فإن أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر إعتاقه وإن أعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه فلم يسقط بإعساره كدين الإتلاف نص على هذا أحمد

فصل : إذا قال أحد الشريكين لشريكه إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فأعتق نصيبه عتقا معا ولم يلزم المعتق شيء وقيل يعتق كله على المعتق لأن إعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم أن يكون سابقا عليه والأول أولى لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله عليه كما لو وكله في إعتاق نصيبه مع نصيبه فأعتقهما معا وإن قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر فقال أصحابنا : إذا أعتق نصيبه سرى وعتق عليه وقوم عليه ولا يقع إعتاق شريكه لأن

السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ويحتمل أن يعتق عليهما جميعا لأن عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما في حال واحد وقد يرجح وقوع عتق الشريك لأنه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير الملك على خلاف الأصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى ولأن سراية العتق على خلاف الأصل لكونها إتلافا للملك المعصوم بغير رضاه وإلزاما للمعتق غرامة لو يلتزمها بغير اختياره وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك كان أولى وأن قال إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل إعتاقك نصيبك وقعا معا إذا أعتق نصيبه وهذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لأنه أعتق في زمن ماض ومقتضلا قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يلح إعتاقه لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع إعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضي إلى الدور فيمتنع الجميع وقد مضى الكلام في هذا في مسائل الطلاق والله تعالى أعلم

مسألة : قال : وإن أعتقه الأول وهو معسر وأعتقه الثاني وهو موسر عتق عليه نصيبه ونصيبه شريكه وكان ثلث ولائه للمعتق الأول وثلثاه للمعتق الثاني

ظاهر المذهب أن المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فإذا إعتق الثاني نصيبه وهو موسر عتق عليه جميع ما بقي منه نصيبه بالمياسرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية وصار له ثلثا ولائه وللأول ثلثه وهذا قول إسحاق و أبي عبيد و ابن المنذر و داود و ابن جرير وهو قول مالك و الشافعي على الوجه الذي بيناه من قولهما فيما مضى وروي عن عروة أنه اشترى عبدا أعتق نصفه كان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر وروي عن أحمد أن المعسر إذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة حصة الباقين حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الأوزاعي و أبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال : رسول الله صلى الله عليه و سلم [من أعتق شقصا له في مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه] متفق عليه ورواه أبو داود وقال ابن ليلى و ابن شبرمة : فإذا استسعى في نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لأنه هو ألجأه إلى هذا وكلفه إياه وعن أبي يوسف و محمد أنهما قالا : يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لأن العتق لا يتبعض فإذا وجد في البعض سرى إلى جميعه كالطلاق ويلزم المعتق القيمة لأنه المتلف لنصيب صاحبه بإعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو أتلفه بقتله وقال أبو حنيفة : لا يسري العتق وإنما يستحق به إعتاق النصيب الباقي فيتخير شريكه بين إعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه فإذا أداه إليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمرو وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولأن الاستسعاء إعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولأن في الاستسعاء إضرار بالشريك والعبد أما الشريك فأنا نحيله على سعاية لعله لا يحصل منها شيء أصلا وإن حصل فربما يكون يسيرا متفرقا ويفوت عليه ملكه وأما العبد فأنا نجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يتخيره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي صلى الله عليه و سلم [لا ضرر ولا ضرار] قال سليمان بن حرب : أليس إنما ألزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر ؟ فإذا أمره بالسعي وإعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأي ضرر أعظم من هذا فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم : ذكره سلمان بن حرب فطعن فيه وضعفه

وقال أبو عبد الله ليس في الاستعساء ثبت عن النبي صلى الله عليه و سلم حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروة وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكراه وحدث به م عمر ولم يذكر في السعاية : قال أبو داود : و همام أيضا لا يقوله قال المروذي : وضعف أبو عبد الله حديث سعيد وقال ابن المنذر : لا يصح حديث الاستسعاء وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله صلى الله عليه و سلم وقول قتاده وقال بعد ذلك : فكان قتادة يقول إن لم يكن له مال استسعى قال ابن عبد البر : حديث أبي هريرة يدور على قتادة وقد اتفق شعبة و هشام و همام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث إذا خالفهم غيرهم فأما قول أبي حنيفة وقول صاحبيه فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعا قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة و زفر بحديث ابن عمر ولا حديث أبي هريرة على وجهه وكل قول يخالف السنة فمردود على قائله والله المستعان

فصل : إذا قلنا بالسعاية احتمل إلا يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد دينا يستسعى في أدائها ونكون أحكامه أحكام الأحرار فإن مات وفي يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف و محمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حكمه قبل أداها حكم من بعضه رقيق إذا مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية لأنه إعتاق بأداء مال فلم يعتق قبل أدائه كالمكاتب وقال ابن أبي ليلى و ابن شبرمة يرجع العبد على المعتق إذا أيسر لأنه كلفه السعاية بإعتاقه

ولنا أنه حق لزم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به أحد كمال الكتابة ولأنه لو رجع به على لسيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه

مسألة : قال : و لو كان المعتق الثاني معسرا عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقا لمن لم يعتق فإن مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الأول والمعتق الثاني بالولاء إذا لم يكن له وارث أحق منهما

إنما كان كذلك لأن المعسر لا يعتق إلا نصيبه والأول والثاني معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبا الثلثان وبقي ثلثه رقيقا للثالث فإذا خلف العبد مالا فثلثه للذي لم يعتق لأنه مالك لثلثه وثلثاه ميراث لأنه ملكهما بجزئه الحر فإن كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه لأنه أحق من المعتق وإن لم يكن له وارث ونسيب فهو للمعتقين بالولاء وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين وهذا القول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد في حياته كسبه ولم يهايئه فإما إن قاسمه أو هيأه فلا حق له في تركته لأنها حصلت بالجزء الحر فتكون جميعها ميراثا لورثته دون مالك ثلثه إذ لا حق له في الجزء الحر فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به

فصل : ومن قال بالسعاية فإنه يستسعى حين أعتقه الأول فإذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حريته هل حصلت بإعتاق الأول أولا ؟ فمن جعله حرا لم يصحح عتق الثاني لأنه عتق بإعتاق الأول ومن لم يجعله حرا صحح عتق الثاني لأنه أعتق جزءا مملوكا له من عبد وإذا مات قبل أداء سعايته فقد مات وثلثه رقيق فيكون حكمه في الميراث حكم ما ذكرنا في القول الآخر

فصل : إذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه فإن نفقته في حياته وفطرته وإكسابه بينه وبين سيده على قدر ما فيه من الحرية والرق وإن تراضينا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه في أيامه له وعليه وفي أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه فأما الأكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية فذكر القاضي أنه تدخل في المهايأة لأنها من أكسابه فأشبهت المعتادة وذكر غيره من أصحابنا وجها آخر أنه لا تدخل في المهايأة وتكون بينهما على كل حال لأن المهايأة معاوضة فكأنه تعاوض عن نصيبه من كسبه في يوم سيده بنصيب سيده في يومه فلا تتناول المعاوضة المجهول وما لا يغلب على الظن وجوده فأما الميراث فلا يدخل في المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئا لأنه إنما يرث بجزئه الحر ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية وقد مضى ذكر ذلك

فصل : ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه بإجماع أهل العلم وإن اعتق بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء وروي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما وبه قال الحسن و الحكم و الأوزاعي و الثوري و الشافعي قال ابن عبد البر : عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا أعتق نصفه وقال طاوس : يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد و أبو حنيفة : يعتق منه ما أعتق ويسعى في باقيه وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعايه وروي عن مالك في رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال : أرى نصفه حرا ونصفه رقيقا لأنه تصرف في بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع

ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم [من أعتق شركا له في عبد فكان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد] وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكا له وقال النبي صلى الله عليه و سلم [من أعتق شقصا له في مملوك فهو حر من ماله] ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الآدمي فزال عن جمعية عن جميعه كالطلاق ويفارق البيع فإنه لا يحتاج إلى سعاية ولا ينبني على التغليب والسراية إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءا كبيرا كنصفه وثلثه أو صغيرا كعشره وعشر عشره ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعا وإن أعتق جزءا معينا كرأسه أو يده أو إصبعه عتق كله أيضا وبهذا قال قتادة و الشافعي و إسحاق وقال أصحاب الرأي : إن اعتق رأسه أو ظهره أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لأن حياته لا تبقى بدون ذلك وإن أعتق يده أو عض و ا تبقى حياته بدونه لم يعتق لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق بإعتاقه كشعره أو سنه

ولنا أنه أعتق عضو من أعضائه فيعتق جميعه كرأسه فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق وقال قتادة و الليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه

ولنا أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق وقد ذكر ذلك في الطلاق وما ذكر في الطلاق فالعتاق مثله والله أعلم

مسألة : قال : وإذا كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه فإن كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه فإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حرا أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حرا

أما إذا كان الشريكان معسرين فليس في دعوى أحدهما على صاحبه إعتاق نصيبه اعترف بحريه ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المعتق لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه بإعتاق نصيبه فإذا لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما ن لأن غير العدل لا تقبل شهادته وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة لأن كل واحد منهما لا يجز إلى نفسه بشهادته نفعا ولا يدفع بها ضررا وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فإن حلف معهما عتق كله وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حرا على الرواية التي تقول إن يعتق شاهد ويمين وإن لم يحلف مع أحد منهما لو يعتق منه شيء لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمينه بلا خلاف نعمله وإن كان أحدهما عدلا دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حرا ويبقى نصفه الآخر رقيقا

فصل : ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى في قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

فصل : وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذي كان له لأن عتقه حصل باعترافه بحربته بإعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لأنه لا يدعي إعتاقه بل يعترف بأن المعتق غيره وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلما فهو كمخلص الأسير من أيدي الكفار

وقال أبو الخطاب يسري لأنه شراء حصل به الأعتاق فأشبه شراء بعض ولده وإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه لأنه رجوع عن الإقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه إن أعتقه ؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ويحتمل أن يثبت لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حرا لا ولاء عليه لواحد منهما فإن اعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه ؟ على وجهين وإن اقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لأن أحدا لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد من هما نفسه لأننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما وأنه بينهما إما بالعتق الأول لهما وأمما بالثاني لأنهما إن كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولا وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد نهما نصفه بعد أن اشتراه وإن كان أحدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لأنه لم يعتق النصف الذي كان له أولا ولا صح عتقه في الذي اشتراه لأنه كان حرا قبل شرائه والولاء كله للكاذب لأنه أعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه فأعتقه وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

فصل : وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه وإن شهد اثنان عليه بذلك فترد شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق وبهذا قال الشافعي والأوزعي و مالك و ابن منذر وهو قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت للمشتري ولاء على العبد لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه

أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد عتق أو شهد مع كل واحد منهما عدل آخر وعتق العبد أو ادعى عبد أن سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لأن أحدا لا يدعيه ولا يثبت لأحد حق ينكره فإن عاد من ثبت إعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لأنه لا مستحق له سواء وإنما لم يثبت له لإنكاره له فإذا اعترف زال الإنكار وثبت له وأما الموسران إذا اعتق عليهما فإن صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر فإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وأن ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وحده أو أنه السابق بالعتق تحالفا وكان الولاء بينهما نصفين

مسألة : قال : وإن كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حرا باعتراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعيا على شريكه نصف قيمته فإن لم تكن بينه فيمين كل واحد منهما لشريكه

وجملة ذلك أن الشريكين الموسرين إذا ادعى كان واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لأنه يقول لشريكه : أعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حرا لاعترافهما بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا فإن نكل أحدهما قضي عليه وإن نكلا جميعا تساقط حقاهما لتماثلهما ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاسقين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاسق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى بخلاف التي قبلها

فصل : وإن كان أحد الشريكين موسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر وحده لاعترافه بأن نصيبه قد صار حرا بإعتاق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لأنه يدعي أن المعسر الذي لا يسري عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ولا تقبل المعسر عليه لأنه يجر بشهادته إلى نفسه نفعا لكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمتة فعلى هذا إن لم تكن للعبد بينة سواه حلف الموسر وبرئ من القيمة العتق جميعا ولا ولاء للمعسر في نصيبه لأنه لا يدعيه ولا للموسر لذلك أيضا وإن عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له وإن أقر الموسر باعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضا وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء وإن كان للعبد بينة أجنبية تشهد باعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه وإن كانت رجلا واحدا حلف العبد معه ويثبت العتق في إحدى الروايتين والأخرى لا يثبت العتق وللمعسر أن يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لأن الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين

فصل : وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسرا عتق نصيب المدعي وحده لاعترافه بحريته بسرايه عتق شريكه وصار مدعيا نصف القيمة على شريكه ولا يسري لأنه لا يعترف أنه المعتق له وإنما أعتق باعترافه بحريته لا بإعتاقه له ولا ولاء له عليه لإنكاره له قال : القاضي : وولاؤه موقوف وإن كان المدعي عدلا لم تقبل شهادته لأنه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته نفعا ومن شهد بشهادة يجر إليه بها نفعا بطلت شهادته كلها وأما إن كان المدعى عليه معسرا فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء وإن كان المدعي

عدلا حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حرا وقال حماد : إن كان المشهود عليه موسرا سعى له وإن كان معسرا سعى لهما وقال أبوحنيفة إن كان معسرا سعالعبد وولاؤه بينهما وإن كان موسرا فولاء نصفه موقوف فإن اعترف أنه أعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال

فصل : إذا قال أحد الشريكين : إن كان هذا الطائر غرابا فنصيبي حر وقال الآخر : إن لم يكن غرابا فنصيبي حرا وطار ولم يعلما حاله فأن كانا موسرين عتق العبد كله وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا وإن كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما لأنه لم يتعين الحنث فيه فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه لأننا علمنا حرية نصفه ولم يسر إلى النصف الآخر وإن اشترى العبد أجنبي عتق نصفه لأن نصفه حر يقينا فلم يملك جميعه ." (١)

" فيما لو كان لكل واحد منهما على صاحبه دين

فصل : فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل إن كان للسيد على المكاتب دين من المكاتبة أو غيرها وللمكاتب على سيده دينا وكانا نقدا من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحدا تقاصا وتساقطا لأنهما إذا تساقطا بين الأجانب فمع السيد ومكاتبه أولى وإن كانا نقدين من جنسين مختلفين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصا بها جاز بخلاف الحرين

وقال القاضي : لا يجوز هذا لأنه بيع دين بدين وقد نهى الرسول صلى الله عليه و سلم عن بيع الدين بالدين ولأنه لا يجوز بين الأجنبيين فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد القن فإنه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده له أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لا يجوز مع التراضي به وعلى قول أبي موسى يجوز إذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به لأنه بيع فأما إن كانا عرضين أو عرضا ونقدا لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان القرض من جنس حقه أو غير جنسه وإن تراضيا بذلك لم يجز أيضا لأنه بيع دين بدين وإن قبض أحدهما الآخر حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضا عن ماله في ذمته جاز إذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فإن ثبت عن سلم لم يجز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة إن حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الأجانب إلا على قول ابن موسى الذي ذكرناه والله أعلم ." (٢)

" حكم إذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقا

فصل : قال : وإذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقا تبين أنه لم يعتق وكان هذا الدفع كعدمه لأنه لم يؤد الواجب عليه وقيل له إن أديت الآن وإلا فسخت كتابك وإن كان قد مات بعد الأداء فقد مات عبدا فإن بان معيبا مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيبا بعد قبضها نظرت فإن كان قد رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فإن قيل كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد ؟ فإن ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبه ما لو كاتبه على

---

(١) المغني، ٢٤٠/١٢

(٢) المغني، ٣٨٧/١٢

عشرة فأعطاه تسعة قلنا إمساكه المعيب راضيا به رضا منه بإسقاط حقه فجرى مجرى إبرائه من بقية كتابته وإن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب أو رده فله ذلك قال أبو بكر : قياس قول أحمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الأرش لأن العتق إتلاف واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع

وقال القاضي : يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لأن العتق إنما استقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق وهذا مذهب الشافعي لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ **بالتراضي** فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع وإن اختار إمساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع ولأننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقا وإن تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرناه فيما مضى ولو قال السيد لعبده : إن أعطيتني عبدا فأنت حر فأعطاه عبدا فبان حرا أو مستحقا لم يعتق بذلك لأنة معناه : إن أعطيته ملكا ولم يعطه إياه ملكه ولم يملكه إياه ." (١)

"ويشترط لصحة البيع شروط ، منها ما يشترط في العاقدين ومنها ما يشترط في المعقود عليه ، إذا فقد منها شرط لم يصح البيع : - فيشترط في العاقدين :

أولا : **التراضي** منهما ، فلا يصح البيع إذا كان أحدهما مكرها بغير حق ؛ لقوله تعالى : إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إنما البيع عن تراض رواه ابن حبان وابن ماجه وغيرهما ، فإن كان الإكراه بحق صح البيع ؛ كما لو أكرهه الحاكم على بيع ما له لوفاء دينه ، فإن هذا إكراه بحق .

ثانيا : يشترط في كل من العاقدين أن يكون جائز التصرف ؛ بأن يكون حرا مكلفا رشيدا ، فلا يصح البيع والشراء من صبي وسفيه ومجنون ومملوك بغير إذن سيده .

ثالثا : يشترط في كل من العاقدين أن يكون مالكا للمعقود عليه أو قائما مقام مالكه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام : لا تبع ما ليس عندك رواه ابن ماجه والترمذي وصححه ؛ أي : لا تـبع ما ليس في ملكك من الأعيان . قال الوزير : " اتفقوا على أنه لا يجوز بيع ما ليس عنده ولا في ملكه ، ثم يمضي فيشتريه له ، وأنه باطل " .

- ويشترط في المعقود عليه في البيع

أولا : أن يكون مما يباح الانتفاع به مطلقا ؛ فلا يصح بيع ما يحرم الانتفاع به ؛ كالخمر والخنزير وآلة اللهو والميتة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : إن الله حرم بيع الميتة والخمر والأصنام متفق عليه ، ولأبي داود : حرم الخمر وثمنها ، وحرم الميتة وثمنها ، وحرم الخنزير وثمنه ولا يصح بيع الأدهان النجسة ولا المتنجسة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : إن

---

(١) المغني، ١٢/٤٢٠

الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه وفي المتفق عليه : أرأيت شحوم الميتة فإنها تطلى بها السفن ، وتدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا ، هو حرام." (١)

"وقال النبي صلى الله عليه وسلم : الشفعة فيما لم يقسم وكان صلى الله عليه وسلم يقسم الغنائم.

وذكر الإجماع عليها غير واحد مق العلماء .

والحاجة داعية إليها ؛ إذ لا سبيل إلى إعطاء ذوي الحقوق حقوقهم من الشيء المشترك إلا بالقسمة .

والقسمة إفراز الأنصباء بعضا عن بعض .

وهي نوعان : قسمة تراض ، وقسمة إجبار

النوع الأول: قسمة **التراضي** هي التي لا بد أن يتفق عليها جميع الشركاء ، ولا تجوز بدون رضاهم ، وهي التي لا تمكن إلا بحصول ضرر ، ولو على بعض الشركاء ، أو برد عوض من أحد الشركاء على الآخر ، وتكون في الدور الصغار والدكاكين الضيقة والأرض المختلفة أجزاؤها بسبب بناء أو شجر في بعضها أو كون بعضها يتعلق به رغبة تخصه دون البعض الآخر .

فهذا النوع من المشترك لا تجوز قسمته إلا باتفاق الشركاء وتراضيهم ؛ لقوله : لا ضرر ولا ضرار رواه أحمد وغيره ؛ فهو يدل بعمومه على عدم جواز قسم ما لا يٍن قسم إلا بضرر إلا **بالتراضي** .

وهذه القسمة تأخذ حكم البيع ، برد ما فيه عيب ، ويدخلها خيار المجلس والشرط ونحوه ، ولا يجبر من امتنع من قبولها من الشركاء ، لكن متى طلب أحد الشركاء بيع هذا المشترك ؛ أجبر الممتنع ، فإن أبى ؛ باعه الحاكم عليهما ، وقسم الثمن بينها على قدر حصصهما .

وضابط الضرر الذي يمنع هذه القسمة هو نقص القيمة بالقسمة ، سواء انتفعوا به مقسوما أم لا ؛ فلا يعتبر ضرر كونهما لا ينتفعان به مقسوما .

النوع الثاني : قسمة الإجبار

وهى ما لا ضرر في قسمته ، ولا رد عوض في قسمته ، سميت بذلك لأن الحاكم يجبر الممتنع منهما إذا كملت شروطها ، وذلك . كالقرية والبستان والدار الكبيرة والأرض الواسعة والدكاكين الواسعة والمكيل والموزون من جنس واحد .

ويشترط لإجبار الممتنع من هذه القسمة ثلاثة شروط

أن يثبت عند الحاكم ملك الشركاء ، وأن يثبت أن لا ضرر ، وأن يثبت إمكان تعديل السهام في العين المقسمة من غير شيء يجعل فيها .." (٢)

(١) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ٢/٨

(٢) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ١٢/١٦

" بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر وأعن يا كريم ١ (كِتابُ البَيع) | وله صورتان : إحداهما الإيجاب والقبول ، فإن تقدم القبول جاز ، وإن تقدم بلفظ الطلب فقال : يعني بكذا فقال بعتك ففيه روايتان ، وإن تقدم بلفظ الاستفهام مثل أتبيعني ؟ لم يصح ، وإن تراخى القبول صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه . الثانية المعطاة ، وقال مالك : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً ، وقال بعض الحنفية : يصح في خسائس الأشياء لأن العرف إنما جرى به في اليسير ، ولنا أن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى العرف ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال الإيجاب والقبول ، ولو اشترط ذلك لبـيـنه صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ، وكذلك في الهبة والهدية والصدقة فإنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه استعمال ذلك فيه . | ولا يصح إلا بشروط سبعة : | (أحدها) **التراضي** به بينهما لقوله تعالى : ^ (إلا أن تكون تجارة عن

---

(١) ".

" وقتادة ، والثانية : ليس له ذلك ومن نصر الأول قال : قبض الأول صح به العقد والثاني بدل عن الاول . | ويشترط أخذ البدل في مجلس الرد وإلا بطل العقد ، وإن وجد في البعض فعلى الأولى له البدل ، وعلى الثانية يبطل في المردود ، وفيما لم يرد على وجهين بناء على تفريق الصفقة . وإن اختار الفسخ فعلى قوله البدل لا فسخ له إن أبدله وعلى الأخرى له الفسخ والإمساك في الجميع ، وإن اختار الأرش بعد التفرق لم يكن له ذلك ، ويجوز على الرواية الأخرى . | وإذا كان لرجل في ذمة آخر ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرفا لم يصح وبه قال الشافعي لأنه بيع دين بدين ، وحكى ابن المنذر الإجماع على أنه لا يجوز ، قال أحمد : إنما هو إجماع ، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة . | ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاه دراهم شيئاً بعد شيء فإن كان بعطيه كل يوم درهماً بحسابه من الدينار صح نص عليه . | ويجوز اقتضاء أحد النقدين عن الآخر ويكون صرفاً بعين وذمة في قول الأكثرين ، ومنع منه ابن عباس وغيره ، ولنا حديث ابن عمر وفيه ' لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء ' قال أحمد : إنما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا إلا ما قال أصحاب الرأي أنه يقضيه مكانها ذهباً على **التراضي** لأنه بيع في الحال فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضا ، ولنا قوله : ' بسعر يومها ' ولأنه جرى مجرى القضاء فتقيد بالمثل ، والتماثل هنا بالقيمة لتعذره بالصورة ، قيل لأبي عبد الله : فإن أهل السوق يتغابنون بالدانق في الدينار وما أشبهه فسهل فيه

---

(١) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٤٠٦

". (١)

" ' من أعتق شركاً له في عبد قوّم عليه قيمته العدل ' . وحكي عن العنبري يجب في كل شيء مثله لحديث القصعة لما كسرتها إحدى نسائه صححه الترمذي ولنا حديث العتق وهذا محمول على أنه جوزه **بالتراضي** ، فإن كان للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده استوفى المنافع أو تركها . وقال أبو حنيفة : لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك واحتج بعضهم بقوله : ' الخراج بالضمان ' وهذا في البيع لا يدخل فيه الغاصب لأنه لا يجوز له الانتفاع به إجماعاً . ومن في يده غصوب لا يعرف أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان . وإن ربط دابة في طريق ضيق ضمن ما جنت ، فإن كان واسعاً ضمن في إحدى الروايتين ، والثانية لا يضمن . وإن اقتنى كلباً عقوراً فعقر أو خرق ثوباً ضمن إلا إن دخل منزله بغير إذنه . وإن اقتنى سنوراً يأكل فراخ الناس ضمن ما أتلفه ، وقيل في الكلب العقور : لا يضمن لقوله : ' العجماء جبار ' . وإن أجج في ملكه ناراً أو سقى أرضه فسرى إلى ملك غيره فأتلف ضمن إذا أسرف أو فرط وإلا فلا . وإذا حفر بئراً لنفسه في الطريق ضمن ما تلف بها سواء حفرها بإذن الإمام أو لا ، وإن حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن . وإن مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمن ونحوه قول الحسن والنخعي ، وقيل : يضمن وهو قول ابن أبي ليلى وإسحق ، فإن طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد ، ومذهب مالك يضمن ، وقال أبو حنيفة : القياس ألا يضمن . | وما أتلفته البهيمة فلا ضمان على صاحبها إلا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والقائد فيضمن ما جنت يدها أو فمها دون رجلها لحديث ' العجماء جبار ' أي هدر ، وقال مالك : لا ضمان على الراكب والسائق

". (٢)

" ٢ (باب القسْمة) | الأصل فيها قوله تعالى : ! ٢ (٣) ٢ ! وقوله : ! ٢ (٤) ٢ ! الآية . | هي نوعان : | (قسمة تراضٍ) وهي ما فيه ضرر أورد عوض من أحدهما كالدور الصغار التي لا يمكن قسمها لا يجوز فيها إلا ما يجوز في البيع . وهل يلزم القرعة إذا قسمها حاكم أو رضوا بقاسم ؟ فيه وجهان : أحدهما يلزم ، والثاني : لا يلزم إلا **بالتراضي** . وإن تراضيا بغير قرعة جاز ذلك . وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ، ويلزم ههنا بالتفرق **والتراضي** والضرر المانع نقص القيمة ، وعنه ما لا يمكن أحدهما الانتفاع بنصيبه مفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة ، والأول ظاهر كلام الشافعي لأن النقص ضرر وهو منفي شرعاً . وقال مالك : يجبر الممتنع ولو استضر . | الثاني : (قسمة

---

(١) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٤٨٤

(٢) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٥٩١

(٣) أن الماء قسمة بينهم

(٤) وإذا حضر القسمة أولوا القربى

الإجبار) وهي ما لا ضرر فيه ولا رد عوض ، وهذه إفراز حق لا بيع . وإن كان في السمة تقويم لم يجز أقل من قاسمين وإلا أجزأ واحدٌ .

". (١)

" الشيخ في حق الله تعالى . ويجوز فيما ثبت عنده الحكم به في المسافة البعيدة فقط وعنه فوق يوم وعند الشيخ وأقل من يوم كخبره . وقال كتابه في غير عمله أو بعد عزله كخبره على ما تقدم . وإذا عرف المكتوب إليه خطه وختمه جاز قبوله . وعند الشيخ من عرف خطه بإنشاء أو إقرار أو عقد أو شهادة عمل به كميت فإن حضر وأنكر فكاعترافه بالصوت وإنكاره مضمونه . | وقال : تنازع الفقهاء في كتاب الحاكم هل يحتاج إلى شاهدين أم واحد أو يكتفى بالكتاب المختوم أم يقبل الكتاب بلا ختم ولا شاهد على أربعة أقوال معروفة في مذهب أحمد وغيره . وقال : الخط كاللفظ إذا عرف أنه خطه . وقال : إنه مذهب الجمهور وهو يعرف أن هذا خطه كما يعرف أن هذا صوته مع إمكان الاشتباه . وجوز الجمهور الشهادة على الصوت قال في الغنى : المحضر شرح ثبوت الحق عنده لا الحكم وقيل : ما ضمن الحاكم ببينة سجل وما سواه محضر . | ومن دعا شريكه إلى البيع في قسمة **التراضي** أجبر فإن أبى بيع عليهما وكذا حكم الإجارة ولو في وقف ذكره الشيخ في الوقف . وإن تراضيا على قسمة المنافع بالمهايآت جاز فإن رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك وبعدها يغرم ما انفرد به قال الشيخ : لا تنفسخ حتى تنقض الدور ويستوفي كل واحد حقه ولو انتقلت كانتقال وقف فإن كان إلى مدة لزمت الورثة والمشتري قاله الشيخ . | وقسم الإجبار يقسمه الحاكم إن ثبت ملكهما عنده اختاره الشيخ كبيع مرهون وعبد جان وقال : كلام أحمد في بيع ما لا يقسم وقسم ثمنه عام فيما ثبت أنه ملكهما وفيما لم يثبت كجميع الأموال التي تباع . قال : ومثله لو جاءته

". (٢)

"حبس نفسها ليفرض لها لتكون على بصيرة من تسليم نفسها ولها بعد الفرض حبس نفسها لتسليم المفروض الحال كالمسمى في العقد، أما المؤجل فليس لها حبس نفسها له كالمسمى في العقد.

ويشترط رضاها بما يفرضه الزوج لان الحق لها، فإن لم ترض به فكأنه لم يفرض، وهذا كما قاله الاذرعي إذا فرض دون مهر المثل، أما إذا فرض لها مهر مثلها حالا من نقد البلد وبذله لها وصدقته على أنه مهر مثلها فلا يعتبر رضاها لانه عبث.

ولا يشترط علم الزوجين حيث تراضيا على مهر بقدر مهر المثل، لانه ليس بدلا عنه، بل الواجب أحدهما ويجوز فرض

---

(١) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٧٦٢

(٢) مختصر الإنصاف والشرح الكبير، ص/٧٨٠

مؤجل بالتراضي وفوق مهر المثل.

والثاني: ما أشار إليه بقوله: (أو يفرضه الحاكم) إذا امتنع الزوج من الفرض لها أو تنازعا في قدر المفروض كما يفرض لان منصبه فصل الخصومات، ولكن يفرضه الحاكم حالا من نقد البلد كما في قيم المتلفات لا مؤجلا ولا بغير نقد البلد وإن رضيت الزوجة بذلك لان منصبه الالزام بمال حال من نقد البلد، ولها إذا فرضه حالا تأخير القبض بل لها تركه بالكلية لان الحق لها ويفرض مهر المثل بلا زيادة ولا نقص.

ويشترط علم الحاكم بمهر المثل لا يزيد عليه ولا ينقص عنه إلا بالتفاوت اليسير، ولا يصح فرض أجنبي من ماله لانه خلاف ما يقتضيه العقد.

والفرض الصحيح كالمسمى في العقد فينشطر بالطلاق بعد عقد وقبل وطئ سواء أكان المفروض من الزوجين أو من الحاكم.

والثالث: ما أشار إليه بقوله: (أو يدخل بها) بأن يطأها ولو في حيض أو إحرام أو دبر (فيجب) لها (مهر المثل) وإن أذنت له في وطئها بشرط أن لا مهر لان الوطئ لا يباح بالاباحة لما فيه من حق الله تعالى.

والمعتبر في مهر مثل المفوضة أكثر من مهر المثل من العقد إلى الوطئ لان البضع دخل بالعقد في ضمانه، واقترن به الاتلاف فوجب الاكثر كالمقبوض بشراء فاسد.

ولو طلق الزوج قبل فرض ووطئ فلا شطر، وإن مات أحد الزوجين قبلهما وجب لها مهر المثل لانه كالوطئ في تقرير المسمى فكذا في إيجاب مهر المثل في التفويض.

وهل يعتبر مهر المثل هنا بالاكثر كما مر أو بحال العقد أو

الموت ؟ أوجه في الروضة وأصلها بلا ترجيح أوجهها أولها لان البضع دخل في ضمانه بالعقد وتقرر عليه بالموت كالوطئ.

ولو قتل السيد أمته أو قتلت نفسها قبل دخول سقط مهرها، بخلاف ما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول لا يسقط مهرها.

فصل: في مقدار مهر المثل ومهر المثل ما يرغب به في مثلها عادة.

وركنه الاعظم: نسب في النسيبة وقوع التفاخر به كالكفاءة في النكاح.

وظاهر كلام الاكثرين اعتبار ذلك في العجم كالعرب، وهو المعتمد لان الرغبات تختلف بالنسب مطلقا فيراعى أقرب من تنسب إليه، فأقربهن أخت لابوين ثم لاب ثم بنات أخ لابوين ثم لاب ثم عمات لابوين ثم لاب، لان المدلي بجهتين يقدم على المدليي بجهة، ثم بنات الاعمام لابوين ثم لاب.

فإن تعذ ر اعتبار نساء العصبة اعتبر بذوات الارحام كالجدات والخالات لانهن أولى من الاجانب، ويقدم من نساء الارحام الام ثم الجدات ثم الخالات ثم بنات الاخوات ثم بنات الاخوال.

والمراد بالارحام هنا قرابات الام لا ذوو الارحام المذكورون في الفرائض، لان أمهات الام لسن من المذكورين في الفرائض.

ويعتبر مع ما تقدم سن وعفة وعقل وجمال ويسار وفصاحة وبكارة وثيوبة.

وما اختلف به غرض كالعلم والشرف، لان المهور تختلف باختلاف." (١)

"رضي به الزوج إلا لعذر.

كما سيأتي لان في العدة حقا لله تعالى والحق الذي لله تعالى لا يسقط **بالتراضي** وخرج بقيد المبتوتة الرجعية فإن للزوج إسكانها حيث شاء في موضع يليق بها وهذا ما في حاوي الماوردي والمهذب وغيرهما من كتب العراقيين، لانها في حكم الزوجة وبه جزم النووي في نكته، والذي في النهاية وهو مفهوم المنهاج كأصله أنها كغيرها وهو ما نص عليه في الام كما قاله ابن الرفعة وغيره.

وهو كما قال السبكي: أولى لاطلاق الآية وقال الاذرعي: إنه المذهب المشهور وقال الزركشي إنه الصواب ولانه لا يجوز له الخلوة بها فضلا عن الاستمتاع فليست كالزوجة ثم استثنى من وجوب ملازمة البيت.

قوله: (إلا لحاجة) أي فيجوز لها الخروج في عدة وفاة وعدة وطئ شبهة ونكاح فاسد وكذا بائن ومفسوخ نكاحها وضابط ذلك كل معتدة لا تجب نفقتها ولم يكن لها من يقضيها حاجتها لها الخروج في النهار لشراء طعام وقطن وكتان وبيع غزل ونحوه للحاجة إلى ذلك، أما من وجبت نفقتها من رجعية أو بائن حامل مستبرأة فلا تخرج إلا بإذن أو ضرورة كالزوجة، لانهن مكفيات بنفقة أزواجهن وكذا لها الخروج لذلك ليلا إن لم يمكنها نهارا وكذا إلى دار جارتها لغزل وحديث ونحوهما للتأنس، ولكن بشرط أن ترجع وتبيت في بيتها.

تنبيه: اقتصر المصنف على الحاجة إعلاما بجوازه للضرورة من باب أولى كأن خافت على نفسها تلفا أو فاحشة أو خافت على مالها أو ولدها من هدم أو غرق.

فيجوز لها الانتقال للضرورة الداعية إلى ذلك، وعلم من كلامه كغيره وتحريم خروجها لغير حاجة وهو كذلك، كخروجها لزيارة وعيادة واستنماء مال تجارة ونحو ذلك.

تتمة: لو أحرمت بحج أو قران بإذن زوجها أو بغير إذن ثم طلقها أو مات، فإن خافت الفوات لضيق الوقت جاز لها الخروج معتدة لتقدم الاحرام، وإن لم تخف الفوات لسعة الوقت جاز لها الخروج إلى ذلك أيضا، لما في تعيين الصبر من مشقة مصابرة الاحرام وإن أحرمت بعد أن طلقها أو مات بحج أو عمرة أو بهما امتنع عليها الخروج.

سواء أخافت الفوات أم لا فإذا انقضت العدة أتمت عمرتها أو حجها إن بقي وقته وإلا تحللت بأفعال عمرة ولزمها القضاء ودم الفوات ويكتري الحاكم من مال مطلق لا مسكن له مسكنا لمعتدته لتعتد فيه إن فقد متطوع به فإن لم يكن له مال اقترض عليه الحاكم فإن أذن لها الحاكم أن تقترض على زوجها أو تكتري المسكن من مالها جاز وترجع به فإن فعلته بقصد الرجوع بلا إذن الحاكم نظر.

---

(١) الإقناع، ٢/٨٦

فإن قدرت على استئذانه أو لم تقدر ولم تشهد لم ترجع وإن لم تقدر وأشهدت رجعت.

فصل: في أحكام الاستبراء." (١)

"وإن نزلوا على حكم حاكم جاز إذا كان حرا مسلما بالغا عاقلا من اهل الاجتهاد ولا يحكم إلا بما فيه الأحظ للمسلمين من القتل والسبي والفداء (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) +

وإن نزلوا على حكم حاكم جاز لأنه صلى الله عليه وسلم لما حاصر بني قريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ فأجابهم إلى ذلك متفق عليه من حديث أبي سعيد وقد علم أنهم إذا نزلوا لزمه ان ينزلهم وخير كأسرى والكلام في مقامين في صفة الحاكم فقال إذا كان حرا مسلما بالغ عاقلا من أهل الإجتهاد لأنه حاكم أشبه ولاية القضاء وظاهره انه لا يشترط فيه أن يكون بصيرا صرح به في البلغة والوجيز بخلاف القضاء ليعرف المدعي من المدعى عليه والشاهد من المشهود عليه ولا مجتهدا في جميع الأحكام التي لا تعلق لها في الجهاد وصرح به في المحرر والفروع وغيرهما وترك قيد الذكورية والعدالة لوضوحهما

تنبيه لو نزلوا على حكم رجلين فأكثر جاز والحكم ما اجتمعوا عليه فلو جعلوا الحكم على رجل يعينه الامام صح فإن نزلوا على حكم رجل منهم او جعلوا التعيين إليهم لم يجز لأنهم ربما اختاروا غير الأصلح ذكره في الشرح وغيره

الثاني في صفة الحكم فقال ولا يحكم إلا بما فيه الأحظ للمسلمين لأنه نائب الإمام فقام مقامه في اختيار الأحظ في الأسرى وحينئذ يلزمه ذلك وحكمه لازم من القتل والسبي لأن سعدا حكم في بني قريظة بقتلهم وسبى ذراريهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم لقد حكمت بحكم الله من فوق سبعة أرقعة والفداء لما سبق في الامام وظاهره ولو حكم عليهم بإعطاء الجزية لم يلزم حكمه لأن عقد الذمة عقد معاوضة واشترط فيه **التراضي** وكذلك لا يملك

١-

". (٢)

"والثانية المعاطاة مثل أن يقول اعطني بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه أو يقول البائع خذ هذا بدرهم فيأخذه وقال القاضي لا يصح هذا إلا في الشيء اليسير (١)

١- (والثانية المعاطاة) نص عليه وجزم به أكثر الأصحاب لعموم الأدلة ولأن البيع موجود قبل الشرع وإنما علق الشرع عليه أحكاما ولم يعين له لفظا فوجب رده إلى العرف كالقبض والحرز ولم يزل المسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال إيجاب وقبول في بيعهم ولو استعمل لنقل نقلا شائعا ولبينه النبي صلى الله عليه وسلم لعموم البلوى به ولم يخف حكمه (مثل أن يقول أعطنى بهذا

---

(١) الإقناع، ١٣٣/٢

(٢) المبدع، ٣٣٢/٣

الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه أو يقول البائع خذ هذا بدرهم فيأخذه) لأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على **التراضي** فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والمعاطاة قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه

والثانية لا يصح لأن الرضى أمر خفي فانيط بالصيغة وكالنكاح ولكن يستثنى منه البيع الضمين كما إذا قال أعتق عبدك على كذا (وقال القاضي لا يصح هذا إلا في الشيء اليسير) أي في المحقرات خاصة وهو رواية واختارها ابن الجوزي لأن اعتبار ذلك في اليسير يشق فيسقط دفعا للمشقة وأصل ذلك قوله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ النساء ٢٩ هل المعتبر حقيقة الرضى فلا بد من صريح القول أو ما يدل عليه فيكتفى بما يدل على ذلك فيه قولان للعلماء قال في الفروع ومثله وضع ثمنه عادة وأخذه وظاهره ولو لم يكن المالك حاضرا

أصل حكم الهبة والهدية والصدقة كذلك فتجهيز بنته بجهاز إلى زوج تمليك في الأص

(١) ".

" فصل ولا يصح إلا بشروط سبعة أحدها **التراضي** به وهو أن يأتيا به اختيارا فإن كان أحدهما مكرها لم يصح إلا أن يكره بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه (١)

١- فائدة لا بأس بذوقه حال الشراء نص عليه وقاله إبراهيم النخعي وقال سفيان العفة أحب نقل حرب لا أدري إلا أن يستأذنه فصل

(ولا يصح إلا بشروط سبعة أحدها **التراضي** به) للآية ولقوله عليه السلام إنما البيع عن تراض رواه ابن حبان (وهو أن يأتيا به اختيارا) لأن حق كل واحد منهما يتعلق بماله فلم يجز إزالة ملكه عنه بغير رضاه لقوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه ويستثنى منه ما لم يكن بيع تلجئة وأمانة أو من هازل (فإن كان أحدهما مكرها لم يصح) لفوات شرطه (إلا أن يكره بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه) فيصح لأنه قول حمل عليه بحق فصح منه كإسلام المرتد والمشتري كالبائع فإن أكره على وزن مال فباع ملكه كره الشراء وصح نص عليه لعدم الإكراه فيه وهو بيع المضطر وعنه لا يصح لقول علي نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر رواه أبو داود من رواية صالح بن عامر عن شيخ من تميم وهما لا يعرفان وفسره أحمد في رواية بأن يجيئك محتاج فتبيعه ما يساوي عشرة بعشري

(٢) ".

"للبائع ولكل واحد منهما الفسخ وإن اتفقا على إمضائه جاز وإن بانت تسعة فالبيع باطل وعنه أنه صحيح والنقص على البائع وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن وإن اتفقا على تعويضه عنه جاز (١)

---

(١) المبدع، ٦/٤

(٢) المبدع، ٧/٤

١- للبائع) لأنه لم يبعها (ولكل واحد منهما الفسخ) دفعا لضرر المشاركة مالم يعطه الزائد مجانا ذكره في المغني والشرح والفروع لأنه زاده خيرا وإن أبى ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن وقسط الزائد فإن رضي بالأخذ والبائع شريك له بالزائد فهل للبائع خيار الفسخ على وجهين أحدهما وهو ظاهر المتن أن له الفسخ لأن عليه ضررا في المشاركة والثاني لا لأنه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فإذا وصل إليه مع بقاء جزء له فيه كان زيادة (وإن اتفقا على إمضائه جاز) لأن الحق لهما لا يعدوهما كحالة الابتداء (وإن بانت تسعة فالبيع باطل وعنه أنه صحيح) وقد ذكرناه (والنقص على البائع) لأنه التزمه بالبيع ولا خيار له إذ لا ضرر عليه فيه (وللمشتري الخيار بين الفسخ) لنقصه (وأخذ المبيع بقسطه من الثمن) لأنه يقسط على كل جزء من أجزاء المبيع فإذا فات جزء استحق ما قبله من الثمن فإن أخذه بقسطه فللبائع الخيار بين الرضى والفسخ فإن بذل المشتري كل الثمن لم يملك الفسخ أشبه المبيع إذا كان معيبا فرضيه بجميع الثمن (وإن اتفقا على تعويضه عنه جاز) لأنه لا يجبر أحدهما على المعاوضة إذ المعاوضة يعتبر فيها التراضي منها فرع

إذا باعه صبرة على أنها خمسة أقفزة فبانت ستة رد الزائد ولا خيار للمشتري إذ لا ضرر عليه في رد الزائد وإن بانت أقل أخذها بقسطها من الثمن ولا خيار له لأن نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من المكيل وقيل بلى لنقصانها وكغيرها والله أعل

(١) ".

"بشروط خمسة أحدها تعيين المركوب والرماة سواء كانا اثنين أو جماعتين ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين .... (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) + السبق عليه أخذ الحق فالمغالبة الجائزة تحل بالعوض إذا كانت مما ينفع في الدين اختاره الشيخ تقي الدين ويجوز أخذ الرهان في العلم لقيام الدين بالجهاد والعلم وفي الروضه يختص جواز السبق بالأنواع الثلاثة الحافر فيعم كل ذي حافر والخف فيعم كل ذي خف والنصل فيختص النشاب والنبل ولا يصح السبق والرمي في غير هذه الثلاثة مع الجعل وعدمه ولتعميمه وجه وذكر ابن عبد البر تحريم الرهن في غير الثلاثة إجماعا (بشروط خمسة أحدها تعيين المركوب) برؤية (والرماة) لأن القصد معرفة جوهر الحيوان الذي يسابق عليهما وسرعة عدوهما ومعرفة حذق الرماة ولا يحصل إلا بالتعيين بالرؤية فلو عقد اثنان نضالا مع كل منهما نفر غير متعينين لم يجز لذلك و إ ن عقدوا قبل التعيين على أن ينقسموا بعد العقد بالتراضي جاز لا بقرعة وإن بان بعض الحزب كثير الإصابة أو عكسه فادعى ظن خلافه لم يقبل (سواء كانا اثنين أو جماعتين) لأنه عليه السلام مر على أصحاب له ينتضلون فقال ارموا وأنا مع ابن الأدرع فأمسك الآخرون فقال ارموا وأنا معكم كلكم صحيح ولأنه إذا جاز أن يكونوا اثنين جاز أن يكونوا جماعتين لأن القصد معرفة الحذق

---

(١) المبدع، ٦٢/٤

(ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين) لأن الغرض معرفة عدو الفرس وحذق الرامي دون الراكب والقوس لأنهما آلة للمقصود فلو يشترط تعينهما كالسرج فكل ما تعين لا يجوز إبداله كالمتعين في البيع وما لا يتعين يجوز

١-

". (١)

"وإن شرط ثوابا مجهولا لم يصح وعنه أنه قال يرضيه بشيء فعلى هذا إن لم يرض فله الرجوع فيها أو في عوضها إن كانت تالفة (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) دونه أو أعلا منه وقال ابن حمدان هي من الأدنى تقتضي عوضا هو القيمة لقول عمر من وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها وجوابه بأنها عطية على وجه التبرع فلم يقتض ثوابا كهبة المثل والوصية أو قول عمر خالفه ابنه وابن عباس وقبل يقتضي عوضا مع عرف فلو أعطاه ليعاوضه أو ليقضي له حاجة فلم يف كالشرط واختاره الشيخ تقي الدين فعلى ما ذكره لو عوضه عن الهبات كانت هبة مبتدأة لا عوضا أيهما أصاب عيبا لم يكن له الرد وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له ببدلها

وإن شراط ثوابا أي عوضا مجهولا لم تصح الهبة لأنه عوض مجهول في معاوضة فلم يصح كالبيع وحينئذ حكمها حكم البيع الفاسد فيردها الموهوب له بزيادتها مطلقا لأنها نماء ملك الواهب وإن كانت تالفة رد قيمتها وعنه أنه قال يرضيه بشيء أي هو صحيح وذكره الشيخ تقي الدين ظاهر المذهب فإذا أعطاه عنها عوضا رضيه لزم العقد لأنها تصح بغير عوض فلأن تصح بعوض مجهول من باب أولى قال أحمد في رواية محمد الحكم هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع إذا لم يثبه لأنه شرط ونص على معناه في رواية إسماعيل بن سعيد ولا يجوز أن يكافئه بالشكر والثناء نص عليه فعلى هذا إن لم يرض فله الرجوع فيها أو في عوضها إن كانت تالفة لأنه عقد معاوضة فاسد فيلزمه ضمان العين إذا تلفت كالبيع الفاسد وقيل يعطيه قدر قيمتها والأول أصح لأن هذا بيع فيعتبر **التراضي**

١-

". (٢)

"

وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيبا فله أرشه أو قيمته ولا يرتفع العتق فصل

ويملك المكاتب أكسابه ومنافعه والبيع والشراء (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) لا يجوز أن يصالحه على كل شيء مؤجل لأنه يكون بيع دين بدين وإن صالحه عن أحد النقدين بالآخر أو عن الحنطة بشعير لم

---

(١) المبدع، ١٢٢/٥

(٢) المبدع، ٣٦١/٥

يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع في الحقيقة وقال القاضي لا تصح هذه المصالحة مطلقا لأن هذا دين من شرطه التأجيل وقال ابن أبي موسى لا يجري الربا بين المكاتب وسيده فعلى قوله تجوز المصالحة كيف ما كانت كعبده القن وسيده والأول أولى وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيبا فله أرشه أو قيمته ولا يرتفع العتق إذا بان بالعوض عيب فأمسكه استقر العتق لأن إمساكه المعيب راضيا به رضى منه بإسقاط حقه فجرى مجرى إبرائه إن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب فله ذلك وإن رده أخذ عوضه وهو المراد بقوله أو قيمته قال أبو بكر وقياس قول أحمد إنه لا يبطل العتق لأنه إتلاف فإذا حكم بوقوعه لم يبطل أشبه الخلع وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ **بالتراضي** كالمبيع أما إذا دفع مال الكتابة فبان مستحقا تبينا أن العتق لم يقع لأن وجود هذا الدفع كعدمه لأنه لم يؤد الواجب عليه فصل

ويملك المكاتب أكسابه ومنافعه والبيع والشراء بالإجماع لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل إلا بأداء عوضه وهو متعذر إلا بالاكتساب والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فإنه قد جاء في الأثر أن تسعة

١-

(١) ".

&" باب الشروط في النكاح & وهي قسمان صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر أو نقد معين أو لا يخرجها من دارها أو بلدها (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) +

& باب الشروط في النكاح & (وهي قسمان صحيح) وفاسد لأنه عقد معاوضة فانقسم إلى ذلك كالبيع والأول نوعان أحدهما شرط ما يقتضيه العقد كتسليم المرأة وتمكينه من الاستمتاع بها فهذا لا أثر له وجوده كالعدم والثاني شرط ما تنتفع به المرأة وهو المعبر عنه بقوله (مثل اشتراط زيادة في المهر أو نقد معين) فهذا صحيح يجب الوفاء به كالثمن في البيع (أو) شرط أن (لا يخرجها من دارها أو بلدها) هذا المذهب وعليه الأصحاب لما روى عقبة بن عامر مرفوعا قال إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج رواه الشيخان ولعمومات الأمر بالوفاء بالعقود والعهود ولأن الشارع حرم مال الغير إلا عن تراض منه ولا شك أن المرأة إذا لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط وشأن الفرج أعظم من المال فإذا حرم المال إلا **بالتراضي** فالفرج أولى مع أن الأثرم روى أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها وعنه لا يلزم وحكاها أبو الحسين عن شيخه لقوله عليه السلام كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وعن عمر بن عوف المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما رواه الترمذي وقال حسن صحيح وجوابه بأن معناه ليس في كتاب الله أي في حكمه وشرعه وهذه مشروعة ومن نفاه فعليه الدليل وعن الثاني بأنها لا تحرم الحلال وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ وقال القاضي في الجامع يثبت لها الفسخ بالغرم

---

(١) المبدع، ٣٤٣/٦

١-

(١) ".

"سيرين لا يجوز إلا عند السلطان وجوابه ما سبق مع أنه قطع عقد **بالتراضي** أشبه الإقالة (فإن عضلها) بأن ضاررها بالضرب والتضييق عليها ظلما أو منعها حقها من النفقة والقسم ونحوه (لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود) في قول الجمهور لقوله تعالى ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن ﴾ ولأنه عوض أكرهت على بذله بغير حق فكان باطلا كالثمن في البيع (والزوجية بحالها) لأن المقتضي للفرقة الخلع الصحيح ولم يوجد (إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا) أي إذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فإن كان أقل من ثلاث فله رجعتها لأن الرخصة إنما سقطت بالعوض فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة إن كان بلفظ طلاق أو نيته وإلا فهو لغو وقيل يقع بائنا إن صح بلا عوض وإن قلنا هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لأن الخلع بغير عوض لا يقع على الأشهر ويتخرج أنه إن أخذ منها شيئا عل ى الوجه المذكور رده ووقع الخلع عليه إذا قلنا يقع بغير وعوض على كلامه يستثنى صور منها إذا ضربها لتركها فرضا أو على نشوزها أو منعها حقها من أجله لم يحرم خلعها ومنها إذا ضربها لسوء خلقه لايريد بذلك الفداء لم يحرم خلعها لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها وهو آثم بالظلم ومنها إذا زنت فعضلها لتفتدي نفسها منه جاز وصح الخلع نص عليه لقوله تعالى ﴿ إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ والاستثناء من النهي إباحة

(٢) ".

"وإن اتفقا على قسمه بالمهاياة جاز وإن ارادا قسم ذلك بنصب خشبة او حجر مستو في مصدم الماء فيه ثقبان على قدر حق كل واحد منهما جاز فإن اراد أحدهما ان يسقي نصيبه ارضا ليس لها رسم شرب من هذا النهر جاز ويحتمل ان لا يجوز ويجيء على اصلنا ان الماء لا يملك وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته فصل

النوع الثاني قسمة الاجبار وهي مالا ضرر فيها ولا رد عوض كالأرض الواسعة والقرى والبساتين (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) فإن كان أحدهما اعلى شارك في الغرامة ما فوقه دون ما تحته

فإن احتاج النهر بعد الأسفل إصلاحا كتصرف الماء فعليهما وإن اتفقا على قسمة بالمهاياة كيوم لهذا ويوم للاخر جاز لأن الحق لهما وكالأعيان وإن أرادقسم ذلك بنصب خشبة أو حجر مستو في مصدم الماء فيه ثقبان على قدر حق كل واحد منهما اجاز لأن ذلك طريق الى التسوية بينهما فجاز كقسم الأرض بالتعديل ويسمى المراز فإن أراد أحدهما أن يسقي بنصيبه أرضا ليس لها رسم شرب الشرب بكسر الباء وهو النصيب من الماء من هذا النهر جاز لأن الحق له وهو يتصرف على حسب اختياره وكما لو لم يكن شريكا ويحتمل ان لا يجوز هذا وجه لأنه إذا طال الزمان يظن أن

---

(١) المبدع، ٨٠/٧

(٢) المبدع، ٢٢١/٧

لهذه الأرض حقا في السقي من النهر المشترك ويأخذ لذلك أكثر من حقه فإن أراد أحد أن يجري بعضه في ساقية إلى أرضه قبل قسمته لم يجز صرح به ابن حمدان ويجيء على أصلنا أن الماء لا يملك وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته قاله أبو الخطاب لأنه فيكون من المباحات والمب ا ح ينتفع كل واحد على قدر حاجته فصل

النوع الثاني قسمة الإجبار لأنه يلي الأول وهو قسمة التراضي وهي مالا ضرر فيها ولا رد عوض كالأرض الواسعة والقرى والبساتين

١-

". (١)

"فتجوز قسمة الوقف وإن كان نصف العقار طلقا ونصفه وقفا جازت قسمته

وتجوز قسمة الثمار خرصا وقسمة ما يكال وزنا وما بوزن كيلا والتفرق في قسمة ذلك قبل القبض وإذا حلف لا يبيع فقسم لم يحنث وحكي عن ابي عبد الله بن بطة ما يدل انها كالبيع فلا يجوز فيها ذلك (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) فيجوز قسمة الوقف أي تصح بلا رد من أحدهما وإن كان نصف العقار طلقا الطلق بكسر الطاء الحلال وسمي المملوك طلقا لأن جميع التصرفات فيه حلال والموقوف ليس كذلك ونصفه وقفا جازت قسمته إن طلبها صاحب الطلق فان كان فيها رد عوض وفعلا ذلك في وقف لم يجز لأن بيعه غير جائز وإن كان من أهل الوقف جاز لأنهم يشترون بعض الطلق ذكره معظم الأصحاب وتجوز قسمة الثمار خرصا أي التي تخرص وقسمة ما يكال وزنا وما يوزن كيلا لأن الغرض التمييز زاد فيهما في الترغيب على الأصح فرع يجوز قسم لحم رطب بمثله ولحم هدي واضاح ولا يجوز بيعه والتفرق في قسمة ذلك قبل القبض لأن التفرق إنما منع منه في البيع وإذا حلف لا يبيع فقسم لم يحنث لأن ذلك ليس ببيع وحكي عن أبي عبد الله بن بطة ما يدل على أنها كالبيع لأنه يبذل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الاخر وهذا حقيقة البيع فلا يجوز فيها ذلك فلا تجوز قسمة ما كله وقف أو بعضه

وفي المحرر عليهما إن كان الرد من رب وقف لرب الطلق جازت قسمته بالتراضي في الأصح

وفي الترغيب عليهما ماكله وقف لا تصح قسمته في الأصح ولا شفعة مطلقا بجهالة ثمن وبفسخ بعيب

١-

". (٢)

---

(١) المبدع، ١٢٨/١٠

(٢) المبدع، ١٣١/١٠

"ويحتمل ان لا تلزم فيما فين رد بخروج القرعة حتى يرضيا بذلك وإذا كان في القسمة تقويم لم يجز اقل من قاسمين وإن خلت من تقويم اجزأ قاسم واحد وإذا سألوا الحاكم قسمة عقار لم يثبت عنده انه لهم قسمه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) الوجيز بدليل أنه يجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب ان تلزم قرعته

وقسمة التراضي إذا لم يكن فيها رد عوض فتلزم كما إذ كان فيها رد عوض على المذهب ويحتمل أن لا يلزم فيما فيه رد عوض بخروج القرعة حتى يتراضيا بعد القرعة سواء قسمها الحاكم أو قاسمه أو قاسمهم لأن رضاهما معتبر في الأول ولم يوجد ما يزيله فوجب استمراره ولأنها بيع فلا يلزم بغير التراضي كسائر يوجد وقيل الرضى بعدها مطلقا

وفي المغني والشرح بالرضى بعدها إن اقتسماه بأنفسهما وإن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما سهما بغير قرعة أو خير أحدهما صاحبه فاختار أحد القسمين جاز ويلزم بتراضيهما وتفرقهما كالبيع ذكره جماعة وإذا كان في القسمة تقويم لم يجز أقل من قاسمين ذكره في المستوعب والشرح وجزم به في الوجيز وقدمه في المحرر والرعاية لأنها شهادة بالقيمة فلم يقبل أقل من اثنين كسائر الشهادات وقيل يكفي فيه واحد وإن خلت من تقويم أجزأ قاسم واحد لأن القاسم مجتهد في التقويم وهو يعمل باجتهاده أشبه الحاكم

وفي الكافي لأنه حكم بينهما فاشبه الحاكم وإذا سألوا الحاكم قسمة عقار لم يثبت عنده أنه لهم قسمه لأنه اليد دليل الملك ولا منازع لهم فثبت

١-

(١) ".

"

وإن تقاسموا ثم استحق من حصة أحدهما شيء معين بطلت وان كان شائعا فيهما فهل تبطل القسمة على وجهين وإذا اقتسما دارين قسمة تراض فبنى احدهما في نصيبه ثم خرجت الدار مستحقة ونقض بناؤه رجع بنصف قيمته على شريكه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) المستوعب والرعلية وإن تقاسموا ثم استحق من حصته أحدهما شيء معين بطلت القسمة ذكره في المحرر والوجيز والفروع لأنه تبين أن أحد المتقاسمين لم يأخذ حقه وكما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال وإن كان المستحق من الحصتين على السواء لم تبطل فيما بقي على الأشهر لأن الباقي مع كل واحد قدر حقه إلا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر كسد طريقه او مجرى مائة أو ضوئه ونحوه فيبطل لأن هذا يمنع التعديل

وقيل تبطل لأنه لم يتعين الباقي لكل واحد منهما في مقابلة ما بقي للاخر وإن كان شائعا فيهما فهل تبطل القسمة على وجهين

---

(١) المبدع، ١٣٤/١٠

أحدهما تبطل قدمه في المحرر والفروع وجزم به في الكافي والوجيز لأن الثالث شريكهما لم يحضر ولم يأذن أشبه ما لو علماه

والثاني لا كما لو كان المستحق في نصيبهما على ا لسواء لأنه يمكن بقاء حقه في يدهما جميعا مع بقائهما فيما عدا ذلك على ماكانا وإذا ادعى كل منهما أن هذا من سهمي تحالفا ونقضت القسمة وإذا اقتسما دارين قسمة تراض فبنى أحدهما أوغرس في نصيبه ثم خرجت الدار مستحقه ونقص بناؤه وقلع الدارين لا يتقسمان قسمة إجبار وإنما هو **بالتراضي** ولو باعه نصف الدرا رجع عليه بنصف ما غرم كذا هذا أوكذا في قسمة الإجبار إن قلنا هي بيع وإن قلنا

١-

". (١)

"ويجوز للأب والوصي قسم مال المولى عليه مع شريكه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) القسمة أن يأخذه كل منهما يمكن الانتفاع به لكن إن كان أخذه راضيا عالما بأنه لا طريق له جاز كما لو اشتراه

قال الشيخ تقي الدين وكذا طريق ماء ونصه هو لهما ما لم يشترطا رده

قال المؤلف قياسه جعل الطريق مثله في نصيب الاخر مالم يشرط صرفها عنه ونقل أبو طالب في مجرى الماء لا يغير الماء ولا يضر بهذا إلا أن يتكلف له النفقة حتى يصلح مسيله فرع إذا كان لهما ظله فوقعت في حق أحدهما فهي له بمقتضى العقد ذكره في المحرر والوجيز وغيرهما ويجوز للأ ب والوصي قسم مال المولى عليه مع شريكه لأن القسمة إما بيع وإما إفراز حق وكلاهما يجوز لهما ولأن فيها مصلحة الصغير فجازت كالشراء ويجوز لهما قسمة **التراضي** من غير زيادة في العوض لأن فيه دفعا لضرر أشبه مالو باعه لضرر الحاجة الى قضاء الدين

وفي المحرر والوجيز وولي المولى علييه في قسمة الاجبار بمنزلته وكذلك في قسمة **التراضي** إذا راها مصلحة

١-

". (٢)

"

ومن سمع رجلا يقر بحق او يشهد شاهدا بحق او سمع الحاكم يحكم او يشهد على حكمه وانفاذه في احدى الروايتين ولا يجوز في الاخرى حتى يشهده على ذلك (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) كأقرضني وكان علي وقضيته إذا جعلناه إقرارا لم يشهد به حتى يشهده به

---

(١) المبدع، ١٤٠/١٠

(٢) المبدع، ١٤٤/١٠

قال في المحرر وهي الأصح

وعنه يشهد بما سمعه ولا يؤدي حتى يقول اشهد علي فإذا قاله وجب الأداء ومن سمع رجلا مكلفا يقر بحق أو عقد أو عتق أو طلاق أو يشهد شاهدا بحق فعلى الخلاف والمذهب انه يشهد عليه وإن لم يقل له اشهد

وعنه لا كالشهادة

وفرق المؤلف بينهما بأن الشهادة على الشهادة ضعيفة فاعتبر تقويتها بالاستدعاء او يسمع الحاكم يحكم أو يشهد على حكمه او إنفاذه في إحدى الروايتين وهي ظاهر المذهب لأن المعتمد عليه السماع وهو موجود ولأن أبا بكر وأصحابه شهدوا على المغيره ولم يقل عمر هل أشهدكم أولا وكذلك عثمان لم يسأل الذين على الوليد بن عقبة بذلك ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا غيرهم ولا يجوز في الأخرى حتى يشهده على ذلك كالشهادة على الشهادة وقدم في المحرر والرعاية تلزم الشهادة وعنه يخير في ذلك وذكر القاضي رواية في الأفعال لا يشهد حتى يقول له المشهود عليه اشهد وهذا إن أراد به العموم في جميع الأفعال لم يصح لأن الغاصب لا يقول لأحد اشهد علي أني غصبت وإن أراد به الأفعال التي تكون **بالتراضي** كقرض وبيع

١-

". (١)

"المراد من هذا أن البيع في اصطلاح الفقهاء يقع على مبادلة لأنه قال: معاوضة أي مبادلة المال بالمال بقصد التمليك ، فهناك مبادلة المال بالمال لا يقصد بها التمليك ، ومن أمثلة ذلك: القرض ، فإن الإنسان إذا اقترض من أخيه مائة ريال مثلا فإنه يرد عند انتهاء الأجل مائة أخرى، هي عوض عن المائة الأولى ، فحينئذ حصلت معاوضة مال بمال ، لكنه لا يقصد في القرض التمليك ، ومن هنا أضاف بعض العلماء إلى هذا التعريف قولهم: تمليكا ، وبعضهم فصل فقال تملكا بالنسبة لك، وتمليكا بالنسبة للغير ، فأنت إذا بعت سيارة مثلا بعشرة آلاف تقصد أن تملك العشرة الآلاف وأن تملك السيارة ، ولو بعت مزرعة أو عمارة بمائة ألف قصدت أن تملك المائة ألف وأن تملك العمارة أو السيارة أو غير ذلك .

إذا البيع يقوم على التملك والتمليك ، هذا بالنسبة لتعريف الحنفية والشافعية والحنابلة متقارب للبيع ، الحنفية قالوا :مبادلة المال بالمال **بالتراضي** كما في الكنز، فقالوا: مبادلة المال بالمال **بالتراضي** الباء للمصاحبة أي مصحوبا بالرضا ، وذلك لأن الله يقول : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ فأضافوا قيد الرضى ، وهذا ميزة من مميزات تعريف الحنفية –رحمهم الله– .

الشافعية قالوا : مبادلة المال بالمال تملكا وتمليكا .

الحنابلة قالوا : معاوضة المال بالمال هذه التعاريف كلها متقاربة، والمعنى فيها واحد وإن كان بعضهم أضافوا قيد التمليك،

---

(١) المبدع، ١٠/٢٠٦

فامتازت تعريف الحنابلة والشافعية بإضافة التمليك لإخراج عقد القرض ، وكذلك امتاز تعريف الحنفية بإضافة قيد **التراضي** .

أما المالكية فقد عرفوا البيع بقولهم : عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ذو مكايسة ، هذا التعريف عند المالكية هو معنى التعريف عند الشافعية والحنابلة والحنفية –رحمة الله على الجميع- .." (١)

"ولا بأس بذوق المبيع حال الشراء (ويشترط) للبيع سبعة شروط أحدها (**التراضي** منهما) أي من المتعاقدين (فلا يصح) البيع (من مكره بلا حق) لقوله صلى الله عليه وسلم إنما البيع عن تراض رواه ابن حبان فإن أكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه صح لأنه حمل عليه بحق وإن أكره على وزن مال فباع ملكه كره الشراء منه وصح

---

(٢) ".

"متفق عليه لكن يستثنى من البيع الكتابة وتولي طرفي العقد وشراء من يعتق عليه أو اعترف بحريته قبل الشراء (و) كالبيع (الصلح بمعناه) كما لو أقر بدين أو عين ثم صالحه عنه بعوض وقسمة **التراضي** والهبة على عوض لأنها نوع من البيع (و) كبيع أيضا (إجارة) لأنها عقد معاوضه أشبهت البيع (و) كذا (الصرف والسلم) لتناول البيع لهما (دون سائر العقود) كالمساقاة والحوالة والوقف والرهن والضمان (ولكل من المتبايعين) ومن في معناهما ممن تقدم (الخيار مالم يتفرقا عرفا بأبدانهما) من

---

(٣) ".

"إن شرط في العقد وإلا فمن حين اشترط (وإذا مضت مدته) أي مدة الخيار ولم يفسخ لزم البيع (أو قطعاه) أي قطع المتعاقدان الخيار (بطل) ولزم البيع كما لو لم يشترطاه (ويثبت) خيارالشرط (في البيع والصلح) والقسمة والهبة (وما بمعناه) أي بمعنى البيع كالصلح بعوض عن عين أو دين مقر به وقسمة **التراضي** وهبة الثواب لأنها أنواع من البيع (و) في (الإجارة في الذمة) كخياطة ثوب (أو) في إجارة (على مدة لاتلي العقد) كسنة ثلاث في سنة اثنين إذا شرط مدة تنقضي قبل دخول سنة ثلاث فإن وليت مدة العقد كشهر من الآن لم يصح شرط الخيار لئلا يؤدي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو استيفائها في مدة الخيار وكلاهما غير جائز ولا يثبت خيار الشرط في غير ماذكر كصرف وسلم

---

(١) دروس عمدة الفقه للشنقيطي، ٥/٢٠٤

(٢) الروض المربع، ٢/٢٦

(٣) الروض المربع، ٢/٧٠

". (١)

"عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ولان الناس يتبايعون بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل انكاره قبل مخالفينا فكان اجماعا ولان الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه (فصل) وكذلك الحكم في الايجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة فانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه وقد أهدي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة.

متفق عليه وروى البخاري عن أبي هريرة قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتي بطعام سأل عنه " أهدية أم صدقة؟ " فان قيل صدقة قال لاصحابه "كلوا " ولم يأكل وان قيل هدية ضرب بيده فأكل معهم وفي حديث سلمان رضي الله عنه حين جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال: هذا شئ من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاصحابه "كلوا " ولم يأكل ثم أتاه ثانية بتمر فقال رأيتك لا تأكل الصدقة وهذا شئ أهديته لك فقال النبي صلى الله عليه وسلم " بسم الله " وأكل ولم ينقل قبول ولا أمر بايجاب وانما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية ولو كان الايجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك ولكانت أكثر العقود فاسدة وأكثر أموالهم محرمة وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى (فصل) قال رضي الله عنه (ولا يصح البيع الا بشروط سبعة (أحدها) **التراضي** به وهو أن يأتيا به اختيارا لقول الله تعالى (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فان كان أحدهما مكرها لم يصح لعدم الشرط الا أن يكره بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه فيصح لانه قول حمل عليه لحق فصح كاسلام المرتد) (فصل) (الثاني أن يكون العاقد جائز التصرف وهو المكلف الرشيد فلا يصح من غير عاقل." (٢)

"(الثاني) شرط ما ينافي مقتضى البيع نحو ان يشترط ان لا خسارة عليه أو متى نفق المبيع والا رده أو الا يبيع ولا يهب ولا يعتق وان اعتق فالولاء له أو يشترط ان يفعل ذلك فهذا الشرط باطل في نفسه لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة حين شرط أهلها الولاء " ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " نص على بطلان هذا الشرط وقسنا عليه سائر الشروط لانها في معناه وهل يبطل

بها البيع؟ على روايتين، قال القاضي: المنصوص عن احمد ان البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن ابي ليلى وأبو ثور (والثانية) البيع فاسد وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو اشترط فيه عقدا آخر، ولان الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا ولان البائع انما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان ا لشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه، والبيع ممن شرطه **التراضي** ولانه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن

---

(١) الروض المربع، ٧٣/٢

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥/٤

بيع وشرط ووجه الاولى ماروت عائشة قالت: جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني، فقلت أن أحب أهلك أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت: اني عرضت عليهم فأبوا الا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال " خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق " ففعلت عائشة فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال " أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى، ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء ا لله أحق، وشرط الله أوثق، وانما الولاء لمن أعتق " متفق عليه فابطل الشرط ولم يطل العقد قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبرا يعارضه فالقول به يجب فإن قيل المراد بقوله " اشترطي لهم الولاء " اي عليهم بدليل انه امرها به ولا يأمرها بفاسد قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين احدهما ان الولاء لها باعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه (الثاني) لهم ابوا البيع الا ان يشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم انهم لا يقبلونه منها واما امرها بذلك فليس هو امرا على الحقيقة، وانما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الا شتراط وتركه كقول الله تعالى (استغفر لهم) وقوله (اصبروا اولا تصبروا) والتقدير واشترطي لهم الولاء اولا تشترطي ولهذا قال عقيبه " فانما الولاء لمن اعتق " وحديثهم لااصل له على ما ذكرنا وما ذكروه من المعنى في مقابلة النص لا يقبل (فصل) وإذا حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي وللمشتري

الرجوع بزيادة الثمن ان كان هو المشترط لان البائع انما سمح بالبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط والمشتري انما سمح له بزيادة الثمن من اجل شرطه فإذا لم يحصل غرضه ينبغي ان يرجع بما سمح به كما لو وجده معيبا ويحتمل إن يثبت الخيار ولا يرجع بشئ كمن شرط رهنا اوضمينا فامتنع." (١)

"أن يبرأ من العيوب كلها بالبراءة وحكاه بعض أصحابنا رواية عن أحمد بناء على جواز البراءة من المجهول، وروي هذا عن ابن عمر، وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه " وهذا يدل على أن البراءة من المجهول جائزة ولانه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في المجهول كالطلاق والعتاق ولافرق بين المجهول وغيره فما يثبت في أحدهما يثبت في الآخر وقول عثمان قد خالفه ابن عمر فلا يبقى حجة (فصل) وإذا قلنا بفساد هذا الشرط لم يفسد به البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لاصحاب الشافعي لما ذكرنا من قضية ابن عمر فانهم أجمعوا على صحتها فعلى هذا لايمنع الرد بوجود الشرط.

ويكون وجوده كعدمه وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (إحداهما) يفسد بها العقد فيدخل في ه ا هذا البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضا عن ماله بهذا الشرط فإذا فسد الشرط فات الرضا به فيفسد البيع لعدم **التراضي**.

(فصل) قال رضي الله عنه (وإن باعه دارا أو ثوبا على أنه عشرة أذرع فبان احد عشر فالبيع باطل) لانه لا يمكن اجبار

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٤/٤

البائع على تسليم الزيادة انما باع عشرة، ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضا، عنه أنه صحيح والزيادة للبائع لان ذلك نفص على المشتري فلم يمنع صحة البيع كالمعيب، ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم العشرة فان رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لانه زاده خيرا وإن أبى تسليمه زائدا فللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ بجميع الثمن المسمى فان رضي بالاخذ أخذ بالعشرة والبائع شريك له بالذراع، وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين (أولهما) له الفسخ لان عليه ضررا في المشاركة (والثاني) لاخيار له لانه رضي ببيع ال جميع بهذا الثمن فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولان هذا الضرر حصل بتغريره واختياره بخلاف مجبره فلا ينبغي أن يسلط به على فسخ عقد المشتري، فان بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لانها معاوضة يعتبر فيها **التراضي** منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وإن تراضيا على ذلك جاز، وإن بانت تسعة فالبيع باطل لما ذكرنا وعنه أنه صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن، وقال أصحاب الشافعي ليس له إمساكه إلا بجميع الثمن أو الفسخ بناء على المبيع المعيب عندهم، ولنا أنه وجد المبيع ناقصا في القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنبين في المعيب أن له أمساكه وأخذ الارش، فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه إنما رضي ببيعه ا بكل الثمن فإذا لم يصل إليه ثبت له الفسخ، فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل إليه الثمن الذي رضيه فأشبه مالو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن وان اتفقا على تعويضه عنه جاز لانها." (١)

"منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة، وروي عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد يختلف ولنا ان ابن عمر قال: كنت أبيع الابل فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت يارسول الله رويدك أسألك إني ابيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه واعطي هذه من هذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا بأس ان تأخذها بسعر يومها ما لم تفرقا وليس بينكما شئ " رواه أبو داود والاثرم قال احمد انما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا إلا ما قال اصحاب الرأي أنه يقضيه مكانها ذهبا على **التراضي** لانه بيع في الحال فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضا ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم " لا بأس أن تأخذها بسعر يومها " فشرط أخذها بالسعر وروي أن بكر ابن عبد الله ومسروقا العجلي سألا ابن عمر عن كري لهما له عليهما دراهم وليس معهما الا دنانير فقال ابن عمر اعطوه بسعر السوق.

ولان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كالقضاء من الجنس والتماثل

ههنا بالقيمة لتعذر التماثل بالصورة، قيل لابي عبد الله فان أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه فقال ان كان مما يتغابن الناس به فسهل ما لم يكن حيلة (فصل) فان كان المقضي الذي في الذمة مؤجلا فقد توقف احمد

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٦٠/٤

فيه، وقال القاضي يحتمل وجهين (أحدهما) المنع وهو قول مالك ومشهور قولي الشافعي لان ما في الذمة غير مستحق القبض فكان." (١)

"وحكي عن العنبري أنه يجب في كل شئ مثله لما روت جسرة بنت دجاجة عز عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت صانعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذني الافكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت فقال (إنا مثل الاناء وطعام مثل الطعام) رواه أبو داود وعن أنس ان احد نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الاخرى فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته رواه الترمذي بنحوه وقال حسن صحيح ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من أعتق شركاله في عبد قوم عليه قيمة العدل) متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لانها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل والحديث محمول على أنه جوز ذلك **بالتراضي** وعلم أنها ترضى به ولان هذه الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتخلف صفلتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى ويكون ذلك يوم تلفه لما ذكرنا ويكون في بلده من نقده لانه موضع الضمان يعني يضمنه في البلد الذي غصبه فيه من نقده، ويتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه وهو

قول أبي حنيفة ومالك وروي عن أحمد لانه قوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوت عليه حين فوته وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا أعطاه على السعريوم أخذه لا يوم محاسبته ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ وهذا يدل على ان القيمة تعتبر يوم الغصب والاولى أولى.

قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين الغصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالكه." (٢)

"من قولي الشافعي لان كل اسم للعدد فإذا لم يقدره كان مجهولا فيكون فاسدا كقوله أجرتك أشهرا وحمل أبو بكر وابن حامد كلام أحمد على أنه وقع على أشهر معينة، ووجه الاول أن عليا استقى لرجل

من اليهود كل دلو بتمرة وجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأكل منه قال كنت أدلو الدلو بتمرة واشترطها جلدة وعن رجل من الانصار انه قال ليهودي أسقي نخلك؟ قال نعم كل دلو بتمرة فاشترط الانصاري أن لا يأخذه خدرة ولا تارزة ولا حشفة ولا يأخذ الا جلدة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

رواهما ابن ماجه وهو نظير مسألة اجارة الدار، ونص في المسألة الاخرى، ولان شروعه في كل شهر مع ما تقدم العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة إذا وجد من المساومة مادل على **التراضي** بها.

فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم تلزم الاج ا رة فيه لعدم العقد وكذلك ان فسخ وليس بفسخ في الحقيقة لان

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ١٧٣/٤

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٣٠/٥

العقد الثاني ما ثبت والقياس يقتضي عدم الصحة لان العقد تناول جميع الاشهر وذلك مجهول ثم لا وجه لاعتبار الشروع في الشهر الذي يلي الاول مع كون الشهور كلها داخلة في اللفظ، فأما أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثاني فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد، قال شيخنا ولا يصح هذا العذر لان العقد الفاسد في الاعيان لا يلزم بالقبض ولا يضمن بالمسمى تم ثم لم يحصل القبض ههنا الا فيما استوفاه وقول مالك لا يصح لان الاجارة من العقود اللازمة فلا يجوز أن تكون جائزة." (١)

"يعطيه حتي يرضيه، فان لم يفعل فللواهب الرجوع فيها أو عوضها إن كانت تالفة لانه عقد معاوضة فاسد فلزم ضمان العين إذا تلفت كالبيع الفاسد ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها والاول أصح لان هذا بيع فيعتبر له **التراضي** إلا انه بيع بالمعاطاة فإذا عوضه عوضا رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع **التراضي** بها وإن لم يحصل **التراضي** لم يصح لعدم العقد فانه لم يوجد الايجاب والقبول ولا المعاطاة ولا **التراضي** والاصل في هذا قول عمر رضي الله عنه: من أوهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض منها، وروي معنى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد ومالك بن أنس وهو قول الشافعي على القول الذي يرى ان الهبة المطلقة تقتضي ثوابا، وقد روى أبو هريرة ان أعرابيا وهب النبي صلى الله عليه وسلم ناقة فأعطاء ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا فلما كملت تسعا قال رضيت، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " لقد هممت أن لا اتهب إ لا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي " من المسند، فان تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان أو لم يثبه منها فقال أحمد لا أرى عليه نقصان ما نقصه عنده إذا رده الي صاحبه إلا أن يكون ثوبا لبسه أو جارية استخدمها، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شئ عليه فكان عندي مثل الرهن الزيادة والنقصان لصاحبه * (مسألة) * (وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الايجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها) فالايجاب أن يقول وهبتك أو أهديت اليك أو ملكتك أو هذا لك ونحوه من الالفاظ." (٢)

"الدالة على هذا المعنى، والقبول أن يقول قبلت أو رضيت أو نحو هذا، وتصح بالمعاطاة المقترنة بما يدل عليهما وإن لم يحصل ايجاب أو قبول، ذكر القاضي وأبو الخطاب أن الهبة والعطية لابد فيها من الايجاب والقبول، ولا تصح بدونه سواء وجد القبض أو لم يوجد وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه عقد تمليك فافتقر إلى الايجاب والقبول كالنكاح، والصحيح ان المعاطاة والافعال الداله على الايجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ اختاره ابن عقيل فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يهدي ويهدى إليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك ايجاب ولا قبول ولا أمر به ولا تعليمه لاحد ولو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشتهرا، وقد كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر " بعنيه " فقال هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت " ولم ينقل قبول

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٢٥/٦

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٢٤٨/٦

النبي صلى الله عليه وسلم من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان شرطا لفعله النبي وعلمه ابن عمر ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله، وروى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أتي بطعام سأل عنه فان قالوا صدقة قال لاصحابه "كلوا " ولم يأكل وإن قالوا هدية ضرب بيده فأكل معهم، ولا خلاف بين العلماء فيما علمنا في ان تقديم الطعام بين يدي الضيفان والاذن في أكله ان ذلك لا يحتاج إلى ايجاب ولا قبول ولانه وجد ما يدل على **التراضي** بنقل الملك فاكتفى به كما لو وجد الايجاب والقبول، قال ابن عقيل انما يشترط الايجاب مع الاطلاق وعدم العرف القائم من المعطي والمعطى لانه إذا لم يكن عرف يدل." (١)

"يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه أو قميصا من قمصانه أو نحوه فانه قد روي عن احمد في رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فان كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فان تشاحا أقرع بينهم قلت: وتستقيم القرعة في هذا؟ قال نعم ووجه ذلك ان الجهالة في هذا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة بخلاف ما إذا أصدقها عبدا مطلقا فان الجهالة تكثر ولا تصح ولنا ان الصداق عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كعوض البيع والاجارة ولان المجهول لا يصلح عوضا في البيع فلم يصح تسميته كالمحرم وكما لو زادت جهالته على مهر المثل وأما الخبر فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا بدليل سائر ما لا يصلح، وأما الدية فانها تثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا، ثم ان الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الامرين؟ ثم ليست عقدا وانما الواجب فيها بدل متلف لا يعتبر فيه **التراضي** فهو كقيمة المتلفات فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به؟ ثم ان قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى اصح وأولى من قياسه على بدل متلف، وأما مهر المثل فانما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما تجب قيم المتلفات." (٢)

"ولنا قول عمر وعثمان ولانه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح ولانه قطع عقد **بالتراضي** أشبه الاقالة: (فصل) ولا بأس به في الحيض والطهر الذي أصابها لان المنع من الطلاق في الحيض لاجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تركهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع اعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع بسؤالها فيكون ذلك رضى منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه * (مسألة) * (وان خالعته لغير ذلك كره ووقع الخلع وعنه لا يجوز) أي ان خالعته مع استقامة الحال كره لها ذلك ويصح الخلع في قول اكثر اهل العلم منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وعن أحمد ما يدل على تحريمه فانه قال الخلع مثل حديث سهلة

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٢٤٩/٦

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ١٧/٨

تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع و ه ذا يدل على انه لا يكون الخلع صحيحا الا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر وداود قال ابن المنذر روي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لان." (١)

"(مسألة) (ولا يحكم إلا بما فيه الحظ للمسلمين من القتل والسبي والفداء فان حكم بالمن لزم قبوله في أحد الوجهين)

إذا حكم بقتل مقاتلهم وسبي ذراريهم نفذ حكمه لان سعد بن معاذ حكم في قريظة بذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم (لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة) وان حكم بالفداء جاز لان الامام يخير في الاسرى بين القتل والمن والفداء والاسترقاق فكذلك الحاكم، وإن حكم عليهم باعطاء الجزية لم يلزم حكمه لان عقد الذمة عقد معاوضة فلا يثبت إلا **بالتراضي** ولذلك لا يملك الامام إجبار الاسير على إعطاء الجزية، وان حكم بالمن على المقاتلة وسبي الذرية فقال القاضي يلزم حكمه وهو مذهب الشافعي لان الحكم إليه فيما يرى المصلحة فيه فكان له المن كالامام في الاسرى واختار أبو الخطاب ان حكمه لا يلزم لان عليه ان يحكم بما فيه الحظ ولا حظ في المن، وان حكم بالمن على الذرية فينبغي ان لا يجوز لان ا لامام لا يملك المن على الذرية إذا سبوا فكذلك الحاكم ويحتمل الجواز لان هؤلاء لا يتعين السبي فيهم بخلاف من سبي فانه يصير رقيقا بنفس السبي (مسألة) (وان حكم بقتل أو سبي فاسلموا عصموا دماءهم وفي استرقاقهم وجهان) إذا حكم عليهم بالقتل والسبي جاز للامام المن على بعضهم لان ثابت بن قيس سأل في الزبير ابن باطا من قريظة وماله وأولاده رسول الله صلى الله عليه فاجابه، ويخالف مال الغنيمة إذا حازه الامام لان ملكهم قد استقر عليه ومتى أسلموا قبل الحكم عليهم عصموا دماءهم وأموالهم لانهم." (٢)

"" لا ضرر ولا ضرار " ولانه لا يجير على بيع ملكه فلا يجبر على قسمته لانها بيع ولا يجوز فيها الا ما يجوز في البيع كذلك (فصل) وهل تلزم قسمة **التراضي** بالقرعة إذا قسمها الحاكم أو رضوا بقاسم يقسم بينهم؟ فيه وجهان (احدهما) تلزم كقسمة الاجبار لان القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه (والثاني) لا تلزم الا في البيع والبيع لا يلزم الا **بالتراضي** لا بالقرعة وانما القرعة فيه لتعريف البائع من المشتري، فأما ان تراضيا على ان يأخذ كل واحد منهما من السهمين بغير قرعة فانه يجوز لان الحق لهما لا يخرج عنهما وكذلك لو خير احدهما صاحبه فاختار ويلزم ههنا **بالتراضي** والتفرق كما يلزم البيع.

* (مسألة) * (والضرر المانع من القسمة هو نقص القيمة بالقسم في ظاهر كلام احمد ولا ينتفعان به مقسوما في ظاهر كلام الخرقي) اختلفت الرواية في الضرر المانع من القسمة ففي قول الخرقي هو ما لا يمكن أحدهما معه الانتفاع بن‌ص‌يبه مفردا فيما كان ينتفع به مع الشركة مثل أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٨/١٧٥

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ١٠/٤٢٤

موضعا ضيقا لا ينتفع به ولو أمكن ان ينتفع به في شئ غير الدار لم يجبر على القسمة أيضا لانه ضرر يجري مجرى الاتلاف." (١)

"مع يمينه وان كان فيما قسمه حاكمهم الذي نصبوه وكان فيما اعتبرنا فيه الرضى بعد القرعة لم تسمع دعواه والا فهو كقاسم الحاكم.

وجملة ذلك انه إذا ادعى بعض المتقاسمين غلطا في القسمة وانه أعطي دون حقه وكانت قسمة تلزم بالقرعة من غير تراض منهم فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ولا يقبل قول المدعي إلا ببينة، فان أقام شاهدين عدليل نقضت القسمة وأعيدت، وان لم تقم بينة عادلة وطلب يمين شريكه انه لا فضل معه أحلف له، وإنما قدمنا قول المدعى عليه لان الظاهر صحة القسمة وأداء الامانة فيها، وإن كان مما لا يلزم إلا **بالتراضي** كالذي قسماها بانفسهما ونحوه لم تسمع دعوى ادعاء الغلط وهو الذي ذكره الاصحاب وهو مذهب الشافعي لانه قد رضي بذلك ورضاؤه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه، قال شيخنا والصحيح عندي أن هذه كالتي قبلها وانه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة لان ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة فأشبه ما لو أشهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطا في كيله، وقولهم ان حقه في الزيادة سقط برضائه ممنوع فانه إنما يسقط إذا علمه، اما إذا ظن اعطي حقه فرضي بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حق كالثمن والمسلم فيه فانه لو قبض المسلم فيه بناء على انه عشرة أقفزة راضيا بذلك ثم تعين له ثمانية وادعى المسلم إليه انه غلط فأعطاه اثني عشر وثبت ذلك ببينة لم يسقط حق واحد منهما بالرضا به ولا يمتنع سماع دعواه وبينته ولان المدعى عليه في مسئلتنا لو فرط بالغلط لنقضت القسمة ولو سقط حق المدعي بالرضا لما نقضت القسمة باقراره كما لو وهبه الزائد وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع دارا على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة أو أحد عشر ان البيع باطل في احد الوجهين، وفي الآخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه والبيع انما يلزم **بالتراضي** فلو كان **التراضي** يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائ ع من الزيادة وحق المشتري من النقص، ولان من رضي بشئ بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه كما لو اقتسما شيئا وتراضيا به ثم بان نصيب احدهما مستحقا." (٢)

"يمنع التعديل فان كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت القسمة لما ذكرناه، وان كان مشاعا فيهما بطلت لان الثالث شريكهما ولم يحضر ولا اذن فاشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فاقتسما دونه، وفيه وجه آخر انها لا تبطل لانه يأخذ من كل واحد منهما مثل ما يأخذ من الآخر ويصير مع كل واحد قدر حقه فأشبه ما لو كان المستحق معينا في نصيبهما على السواء * (مسألة) * (وان اقتسما دارين قسمة تراض فبنى أحدهما في نصيبه ثم خرجت الدار مستحقة فقلع بناؤه رجع بنصف قيمته على شريكه)

هكذا ذكره الشريف أبو جعفر وحكاه أبو الخطاب عن القاضي وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن ليس له الرجوع عليه

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٩٠/١١

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥١٢/١١

بشئ لانه غرس وبنى باختياره فلم يرجع بنقص ذلك على غيره كما لو بنى في ملك نفسه ولنا ان هذه القسمة بمنزلة البيع فان الدارين لا تقتسمان قسمة اجبار على ان يكون كل واحد منهما نصيبا وانما يقتسمان كذلك **بالتراضي** فـتـكون جارية مجرى البيع ولو باعه الدار جميعها ثم انت مستحقة رجع عليه بالبناء كله وان باعه نصفها رجع عليه بنصفه وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة **التراضي** كالذي فيه رد عوض وما لا يجبر على قسمته لضرر فيه ونحو ذلك فأما قسمة الاجبار إذا ظهر نصيب احدهما مستحقا بعد البناء والغرس فيه فينقض البناء ويقلع الغرس فان قلنا القسمة بيع فكذلك وان قلنا ليست بيعا لم يرجع لان شريكه لم يضره ولم ينتقل إليه من جهته بيع وانما فرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه هذا الذي يقتضيه قول الاصحاب * (مسألة) * (وان خرج في نصيب أحدهما عيب فله فسخ القسمة إذا لم يعلمه أو الرجوع بارش العيب) لانه نقص في نصيبه فملك ذلك كالمشتري ويحتمل أن تبطل القسمة لان التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع." (١)

"وهذا محمول على ان زيادة أحدهما في الاذرع لزيادة ملكه فيها مثل ان يكون لاحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعا وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون ذراعا فان الثمن يقسم بينهم اخماسا على قدر ملكهما في الدار، فأما إن كانت زيادة الاذرع لرداءة ما أخذ صاحبها كدار تكون بينهما نصفين فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعا واخذ الآخر من رديئها ستين فلا ينبغي ان يقسم الثمن على قدر الاذرع بل يقسم بينهما نصفين لان الستين ههنا معدولة بالاربعين فلذلك تعدل بها في الثمن، وقال أحمد رحمه الله في قوم اقتسموا دارا كانت اربعة أسطحة يجري عليها الماء من أحد الاسطحة فلما اقتسموا أراد أحدهما منع جريان لآخر عليه وقال هذا شئ قد صار لي قال ان كان بينهما شرط برد الماء فله ذلك وان لم يشترط فليس له منعه ووجه ذلك انهم اقتسموا الدار واطلقوا فاقتضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها كما لو اشتراه ا بحقوقها ومن حقها جريان مائها فيما كان يجري إليه معتادا له وهو على سطح المانع فلهذا استحقه حالة الاطلاق فان تشارطا على رده فالشرط أملك والمؤمنون على شروطهم * (مسألة) * (وان اقتسما فحصلت الطريق في نصيب أحدهما ولا منفذ للآخر بطلت القسمة) لان القسمة تقتضي التعديل.

والنصيب الذي لا طريق له لا قيمة له الا قيمة قليلة فلا يحصل التعديل، ولان من شرط الاجبار على القسمة أن يكون ما أخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع

فيحصل له أربعون ذراعا وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون ذراعا فان الثمن يقسم بينهم اخماسا على قدر ملكهما في الدار، فأما إن كانت زيادة الاذرع لرداءة ما أخذ صاحبها كدار تكون بينهما نصفين فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعا واخذ الآخر من رديئها ستين فلا ينبغي ان يقسم الثمن على قدر الاذرع بل يقسم بينهما نصفين لان الستين ههنا معدولة بالاربعين فلذلك تعدل بها في ا لثمن، وقال أحمد رحمه الله في قوم اقتسموا دارا كانت اربعة أسطحة يجري عليها الماء من أحد الاسطحة فلما اقتسموا أراد أحدهما منع جريان لآخر عليه وقال هذا شئ قد صار لي قال ان كان بينهما شرط برد الماء فله ذلك وان لم يشترط فليس له منعه ووجه ذلك انهم اقتسموا الدار واطلقوا فاقتضى ذلك

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ١١/٥١٤

أن يملك كل واحد حصته بحقوقها كما لو اشتراها بحقوقها ومن حقها جريان مائها فيما كان يجري إليه معتادا له وهو على سطح المانع فلهذا استحقه حالة الاطلاق فان تشارطا على رده فالشرط أملك والمؤمنون على شروطهم * (مسألة) * (وان اقتسما فحصلت الطريق في نصيب أحدهما ولا منفذ للآخر بطلت القسمة) لان القسمة تقتضي التعديل.

والنصيب الذي لا طريق له لا قيمة له الا قيمة قليلة فلا يحصل التعديل، ولان من شرط الاجبار على القسمة أن يكون ما أخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به، وهذا لا ينتفع به آخذه، فان كان قد أخذه ر ا ضيا عالما بأنه لا طريق له جاز لان قسمة **التراضي** بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز.

قال شيخنا وقياس المسألة التي قبل هذا ان الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر ما لم يشترط صرفها عنه كجري الماء * (مسألة) * (ويجوز للاب والوصي قسم مال المولى عليه مع شريكه) لان القسمة اما افراز حق أو بيع وكلاهما جائز لهما.

ولان في القسمة مصلحة للصبي فجازت كالشراء له، ويجوز لهما قسمة **التراضي** من غير زيادة في العوض لان فيه دفعا لضرر الشركة فأشبه ما لو باع لضرر الحاجة إلى قضاء الدين أو النفقة والله أعلم." (١)

"فقد عتق كله) وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر (وكان للذي يعتق ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل يعتق كله) وروى أبو داود باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من اعتق شقصا في مملوك فهو حر من ماله) وهذه نصوص في محل النزاع فانه جعله حرا وعتيقا باعتاقه مشروطا بكونه موسرا ولانه عتيق بالسراية فكانت حاصلة من لفظه عقيبه كما لو أعتق جزءا من عبده ولا القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق وعند الشافعي لا ينفذ بالاعتاق أيضا فدل على ان العتق حصل فيه بالاعتاق الاول فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الواو لا تقتضي ترتيبا وأما العطف بثم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فانها قد ترد لغير الترتيب كقوله سبحانه (ثم الله شهيد على ما يفعلون) فاما العوض فانما وجب عن المتلف بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار **التراضي** فيه ووجوب القيمة من يغر وكس ولا شطط بخلاف الكتابة.

إذا ثبت هذا فان الشريك إذا أعتقه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق ولا له عليه ولاء وولاؤه كله للمعتق الاول وعليه القيمة لانه قد صار حرا باعتاقه وعند مالك يكون ولاؤه بينهما على قدر ملكهما فيه ولا شئ على المعتق الاول من القيمة ولو ان المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته دينا يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يعتق منه الا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملا فلم يؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق الا قيمتها حين." (٢)

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥١٧/١١

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٢٥٢/١٢

"(مسألة) وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيبا فله ارشه أو قيمته ولا يرتفع العتق) وجملة ذلك أن المكاتب إذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقا تبين انه لم يعتق وكان وجود هذا الدفع كعدمه لانه لم يؤد الواجب عليه وقيل له ان أديت الآن والا فسخت كتابتك وان كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبدا فان بان معيبا مثل ان كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيبا بعد قبضها نظرت فان رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فان قيل يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد فان ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة قلنا امساكه العيب راضيا به رضا منه باسقاط حقه فجرى مجرى ابرائه من بقية كتابته وان اختار امساكه واخذ أرش العيب أو رده فله ذلك.

قال أبو بكر وقياس قول احمد أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لان العتق اتلاف واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولانه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع.

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لان العتق انما يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق، وهذا مذهب الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ **بالتراضي** فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع وان اختار امساكه وأخذ الارش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع لاننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ظن وقوع." (١)

"١٧٦١ - . مسألة : (فإن أقر به) يعني الملك (لم يجبر الممتنع منهما عليه) لأنه لم يوجد شرط الإجبار (وإن طلباها في هذه الحال قسمت بينهما وأثبت في القضية أن قسمه بينهما كان عن إقرارهما لا عن بينة) وقال أبو حنيفة : إن كان عقارا نسبوه إلى الميراث لم يقسمه وإن لم ينسبوه إلى الميراث أو كان غير عقار قسمه لأن الميراث باق على حكم ملك الميت فلا يقسمه احتياطا للبت فيه لأنه إذا لم يثبت عنده الموت والقرابة فلا احتياط ويخالف العقار غيره يثوي ويهلك ويحفظ بقسمته والظاهر عند الشافعي رضي الله عنه أنه لا يقسم عقارا كان أو غيره قال : لأني لو قسمتها بقولكم ثم رفعت إلى حاكم يقسمها أن يجعلها حكما لكم ولعلها لغيركم ولنا أن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت لهم من طريق الظاهر وما ذكره الشافعي رضي الله عنه يندفع إذا أثبت في القضية أن قسمته بينهم كان عن إقرارهم لا عن بينة شهدت لهم بملكهم وكل ذي حجة على حجته وما ذكره أبو حنيفة لا يصح فإنه لا حق للميت فيه إلا أن يظهر عليه دين وما ظهر الأصل عدمه كما قلنا إن الظاهر ملكهم فيما لم يدعوه ميراثا لأنه لم يثبت لغيرهم (الثاني قسمة **التراضي** وهي قسمة ما فيه ضرر بأن لا ينتفع أحدهما بنصيبه فيما هو له أو لا يمكن لعديله إلا برد عوض من أحدهما فلا إجبار فيها) مثال ما فيه ضرر أن تكون دار بين اثنين لأحدهما عشرها وللآخر الباقي إذا اقتسماها لا يصلح لصاحب العشر ما ينتفع به فيتضرر لذلك فإذا طلب صاحب الكثير القسمة لا يجبر الآخر لقوله عليه السلام : [لا ضرر ولا ضرار] رواه ابن ماجه وأما ما لا يمكن تعديله إلا برد عوض فإنه يكون بيعا فإن تراضيا عليه جاز وان امتنع

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٦٦/١٢

أحدهما لم يجبر لأن البيع لا يجبر عليه أحد لقوله سبحانه : ﴿ إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ﴾ ' سورة النساء : الآية ٩ '." (١)

"١٧٦٥ - . مسألة : (وإذا عدلت الأجزاء أقرع عليها فمن خرج سهمه على شئ صار له ولزم بذلك) وذلك أنا قد ذكرنا أن القسمة على ضربين : قسمة إجبار وقسمة تراض فأما قسمة الإجبار فهي التي يمكن تعديل السهام فيها من غير رد شئ فإذا عدلت السهام أقرع بينهم وكيف ما أقرع جاز في ظاهر كلامه قال : إن شاء رقاعا وإن شاء خواتيم تطرح في حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم ثم يقال أخرج خاتما على هذا السهم فمن خرج خاتمه فهو له وعلى هذا لو أقرع بحصى أو غيره جاز ويلزم ذلك بالقرعة سواء كان القاسم قاسم الحاكم أو عدلا نصباه لأن قرعة قاسم الحاكم كحكم الحاكم بدليل أنه يجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فتنفذ قرعته والذي رضوا به وحكموه فهو كرجل حكم بينهم في القضاء ولو حكموا رجلا بينهم لزم حكمه كذا ها هنا فإما إن قسما بأنفسهما أو أقرعا أو نصبا قاسما فاسقا لم يلزم إلا بتراضيهما بعد القرعة ولأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه وأما قسمة **التراضي** فهي التي فيها رد ولا يمكن تعديل السهام فيها إلا أن يجعل مع بعضها عوض فهل تلزم بالقرعة ؟ فيه وجهان : أحدهما يلزم كقسمة الأجبار لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه والثاني لا يلزم لأنها بيع والبيع لا يلزم إلا **بالتراضي** وإنما القرعة ها هنا ليعرف البائع من المشتري فأما إن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما واحدا من السهمين بغير قرعة فإنه يجوز لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ويلزم ها هنا **التراضي** وتفرقهما كما يلزم البيع." (٢)

"معلوما مباحا وهو تمليك بشرط سبقه

فلهذا قال في الإنتصار القياس لا يصح وإن شرط أنه أو بعضه لأصحابه أو غيرهم أو قال إن سبقتني فلك كذا ولا أرمي أبدا أو شهرا بطل الشرط وقيل والعقد فلغير مخرجه بسبقه أجر مثله وعند شيخنا يصح شرطه للإسناد وشراء قوس وكراء الحانوت وإطعام الجماعة لأنه مما يعين على الرمي وتعيين المركوبين بالرؤية وتساويهما في ابتداء عدو وانتهائه واتحادهما نوعا وفيه تخريج من تساويهما في الغنيمة

قال في الترغيب وتساويهما في النجابة والبطء وتكافئهما وتعيين رماة يحسنونه وإن عقدوا قبل التعيين على أن يقتسموا بعد العقد **بالتراضي** جاز لا بقرعة وإن بان بعض الحزب كثير الإصابة أو عكسه فادعى ظن خلافه لم يقبل ويعتبر تساويهما في عدد رمي وإصابة وصفتها وأحوال الرمي وفي الترغيب في عدد الرماة وجهان (م ٢)

وفي الموجز والرمي متساويان لا يكون بعضهم صلبا والآخر رخوا ومسافة بقدر معتاد والمركوبين دون الراكبين وكذا القوسين ولا يعتبر تعيينهما بل جنسهما وفي النوع وصحة شرط ما لا يتعين وجهان (م ٣ ٤) ويبدل (١) (١) (١) (١) (١) (١) +

---

(١) العدة شرح العمدة، ٢/٢٨٣

(٢) العدة شرح العمدة، ٢/٢٨٥

مسألة ٢ قوله ويعتبر تساويهما في عدد رمي وإصابة وصفتها وأحوال الرمي وذكر في الترغيب في عدد الرماة وجهين انتهى وكذا قال في البلغة وأطلقهما في الرعايتين والحاوي الصغير

أحدهما لا يشترط استواء عدد الرماة وهو الصحيح صححه في النظم وجزم به ابن عبدوس في تذكرته وهو ظاهر ما قدمه المصنف

والوجه الثاني يشترط وهما احتمالان في الرعاية الكبرى واحتمال وجهين في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير

مسألة ٣ و ٤ قوله ولا يعتبر تعيينها (((تعيينهما))) يعني القوسين بل جنسهما وفي النوع وصحة شرط ما لا يتعين وجهان انتهى ذكر مسألتين

المسألة الأولى ٣ هل يشترط في القوسين أن يكونا من نوع واحد أو يصح أن يكونا

١-

". (١)

"بينهما على حسب ملكيهما فيه وإن باعاه مرابحة فكذلك في إحدى الروايتين والثانية هو بينهما على قدر رؤوس أموالهما لأن بيع المرابحة يقتضي كون الثمن في مقابلة كل واحد منهما وقيل المذهب رواية واحدة أنه بينهما نصفان والقول الأخر وجه أخرجه أبو بكر فصل وإقالة النادم في البيع مستحبة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أقال نادما بيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة أخرجه أبو داود وهي فسخ في أصح الروايتين وعنه أنها بيع لأنها نقل الملك بعوض على وجه **التراضي** فكانت بيعا كالأول والأول أولى لأن الإقالة في السلم تجوز إجماعا وبيع السلم لا يجوز قبل قبضه ولأن الإقالة الرفع والإزالة ومنه أقال الله عثرته وذلك هو الفسخ ولأنها تتقدر بالثمن الأول وتحصل بلفظ لا ينعقد به البيع فكانت فسخا كالرد بالعيب فعلى هذا تجوز في المبيع قبل قبضه ولا تجب بها شفعة وتتقدر بالثمن الأول ومن حلف لا يبيع فأقال لا يحنث وعلى الأخرى تنعكس هذه الأحكام إلا بمثل الثمن فإنه على وجهين أصحهما أنها تتقدر به لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية فإن قال بأكثر منه لم يصح وكان الملك باقيا للمشتري لأنهما تفاضلا فيما يعتبر فيه التماثل فلم يصح كبيع درهم بدرهمين

". (٢)

"حالا عقيب العقد لم يصح لأنه عوض حال معجوز عنه بخلاف الخدمة فإنها وإن كانت بمنزلة الحال فهو قادر عليها فصل

---

(١) الفروع، ٣٤٨/٤

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ١٠١/٢

والكتابة عقد لازم لا يملك العبد فسخها بحال وعنه أنه يملكه ولا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب لأنه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك ذلك قبل العجز عنه كالبيع وللعبد الامتناع من الأداء لأنه جعل شرطا في عتقه فلم يلزمه كدخول الدار ولا تبطل بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه ولا جنون العبد لأنه عقد لازم فأشبه البيع وينتقل بموت السيد إلى ورثته لأنه مملوك لموروثهم فانتقل إليهم كالقن فإذا أدى إليهم عتق وولاؤه لمكاتبه لأن السبب وجد منه ولا يجوز شر الخيار في الكتابة لأن الخيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيد دخل على بصيرة أن الحظ لعبده فلا معنى للخيار وإن اتفقا على الفسخ جاز لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال فجاز فسخه **بالتراضي** كالبيع فصل

ويجوز بيع المكاتب لأن بريرة قالت لعائشة يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني على كتابتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة اشتريها متفق عليه ولأنه سبب يجوز فسخه فلم يمنع البيع كالتدبير

---

(١) ".

"أو ابنتي الكبرى صح لأنها تعينت به وإن نويا ذلك من غير لفظ لم يصح لأن الشهادة في النكاح شرط ولا يقع إلا على اللفظ ولا تعيين فيه وإن خطب الرجل امرأة فزوج غيرها لم ينعقد النكاح لأنه ينوي القبول لغير ما وقع فيه الإيجاب فلم يصح كما لو قال قد زوجتك ابنتي فاطمة فقال قبلت تزويج عائشة فإن كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة فقبله الزوج ينويان الصغرى ولم يصح لأنهما لم يتلفظا بما تقع الشهادة عليه ولم يذكر المنوية بما تتميز به وإن نوى أحدهما الكبرى والآخر الصغرى لم يصح لأنه قبل النكاح في غير من وقع عليه الإيجاب وإن قال زوجتك حمل امرأتي لم يصح لأنه لا يثبت لها حكم البنات قبل الولادة ولا يتحقق كونها بنتا وإن قال إن ولدت زوجتي بنتا زوجتكها كان وعدا لا عقدا لأن النكاح لا يتعلق على الشروط فصل

الشرط الرابع **التراضي** من الزوجين أو من يقوم مقامهما لأن العقد لهما فاعتبر تراضيهما به كالبيع فإن كان الزوج بالغا عاقلا لم يجز بغير رضاه وإن كان عبدا لم يملك السيد إجباره عليه لأنه خالص حقه وهو من أهل مباشرته فلم يجبر عليه كالطلاق وإن كان العبد صغيرا فلسيده تزويجه لأنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده أولى قال أبو الخطاب ويحتمل أن

---

(٢) ".

" فصل

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٢/٥٩٩

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣/٢٤

ويصح الخلع من كل زوجة رشيدة لأن استدانتها صحيحة فإن كانت أمة فحكم خلعها حكم استدانتها بإذن سيدها وبغير إذنه ويرجع على المكاتبة بالعوض إذا عتقت وعلى المفلسة إذا أيسرت كاستدانتها فأما السفيهة والصغيرة والمجنونة فلا يصح بذل العوض منهن لأنه تصرف في المال وليس من أهله ويصح بذل العوض في الخلع من الأجنبي فإذا قال طلق زوجتك بألف علي ففعل لزمته الألف لأنه إسقاط حق لا يفتقر إلى رضى المسقط عنه فصح بالمالك والأجنبي كالعتق بمال فإن قال طلق زوجتك بمهرها وأنا ضامن ففعل بانت وعليه مهرها لا يرجع به على أحد وليس لغير الزوجة خلعها بشيء من مالها ولو كان أبا الصغيرة لأنه يسقط به حقها من العوض والنفقة والاستمتاع فإن فعل وكان طلاقا كان رجعيا وإلا لم يقع به شيء كالخلع مع العضل فصل

ويجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد **بالتراضي** فلم يحتج إلى حاكم كالإقالة ويجوز في الحيض لأنه تحريم الطلاق فيه يثبت دفعا لضرر تطويل العدة والخلع يدفع به ضرر سوء العشرة وهو أعظم وأدوم فكان دفعه أولى

". (١)

" فصل

وإذا قسم بينهما قاسم الحاكم قسمة إجبار فأقرع بينهما لزمت قسمته بغير رضاهما لأن رضاهما لا يتعين في ابتداء القسمة فلا يتعين في أثنائها وإن نصبا عدلا عالما يقسم بينهما لزمته قسمته بالقرعة لأن الحاكم الذي ينصبانه كحاكم الإمام في لزوم حكمه فقاسمهما كقاسم الإمام في لزوم قسمته وإن كان فاسقا أو جاهلا بالقسمة أو قسما بأنفسهما لم يلزم إلا بتراضيهما لأن رضاهما معتبر في الأول ولم يوجد ما يزيله فوجب استمراره وإن كان في القسمة رد فتولاها قاسم الحاكم ففيها وجهان أحدهما لا يلزم إلا **بالتراضي** كذلك ولأنها بيع فلا يلزم بغير **التراضي** كسائر البيع والثاني يلزم بالقرعة لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه وإن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما سهما بغير قرعة أو خير أحدهما صاحبه فاختار أحد السهمين جاز ويلزم بتراضيهم وتفرقهما كالبيع فصل

وإن ادعى أحدهما غلطا في قسمة الإجبار لم يقبل إلا ببينة لأن القاسم كالحاكم فلم تقبل عوى الغلط عليه بغير بينة كالحاكم فإن أقام البينة نقضت القسمة وإن لم يكن له بينة وطلب يمين شريكه أحلف له وإن

". (٢)

"

قال الشيخ تقي الدين تجهيز المرأة بجهاز إلى بيت زوجها تمليك

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣/١٤٤

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٤/٤٨٤

قال القاضي قياس قولنا في بيع المعاطاة أنها تملكه بذلك وأفتى به بعض أصحابنا

الثانية لا بأس بذوق المبيع عند الشراء نص عليه لقول بن عباس وقال الإمام أحمد مرة لا أدري إلا أن يستأذن نص عليه

قوله فإن كان أحدهما مكرها لم يصح

هذا البيع هذا المذهب بشرطه (((بشرط))) وعليه الأصحاب

وقال في الفائق قلت ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الإكراه

فوائد

إحداها قوله **التراضي** به وهو أن يأتيا به اختيارا

لو أكره على وزن مال فباع ملكه لذلك كره الشراء وصح على الصحيح من المذهب والروايتين وهو بيع المضطر

ونقل حنبل تحريمه وكراهيته

واختار الشيخ تقي الدين الصحة من غير كراهة ذكره عنه في الفائق

الثانية بيع التلجئة والأمانة وهو إن يظهرا بيعا لم يريداه باطنا بل خوفا من ظالم دفعا له باطل ذكره القاضي وأصحابه والمصنف والشارح وصاحب الفروع والرعاية وغيرهم وهو من مفردات المذهب

وقال في الرعاية ومن خاف ضيعة ماله أو نهبه أو سرقته أو غصبه أو أخذه منه ظلما صح بيعه

قال في الفروع عن كلامه وظاهره أنه لو أودع شهادة فقال اشهدوا على أني أبيعه أو أتبرع له به خوفا أو تقية أنه يصح ذلك خلافا لمالك في التبرع

". (١)

"

فعلى المذهب يملك الزيادة من حينها نقله مهنا في أمة عتقت فزيد مهرها

وجعلها القاضي لمن أصل الزيادة له

قال في المحرر وإذا ألحق بالمهر بعد العقد زيادة ألحقت به ولزمته وكانت كأصل فيما يقرره وينصفه نص عليه الإمام أحمد رحمه الله

ويتخرج أن تسقط هي بما ينصفه ونحوه انتهى بما معه

الرابعة هدية الزوجة ليست من المهر نص عليه فإن كانت قبل العقد وقد وعدوه بأن يزوجوه فزوجوا غيره رجع بها قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله

واقتصر عليه في الفروع

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٤/٢٦٥

قلت وهذا مما لا شك فيه

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله أيضا ما قبض بسبب النكاح فكمهر

وقال أيضا ما كتب فيه المهر لا يخرج منها بطلاقها

وقال في القاعدة الخمسين بعد المائة حكى الأثرم عن الإمام أحمد رحمه الله في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه وإن كان أهدى هدية يردونها عليه

قال القاضي في الجامع لأن في هذه الحال يدل على أنه وهب بشرط بقاء العقد فإذا زال ملك الرجوع كالهبة بشرط الثواب انتهى

وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر

وكذا الفرقة الاختيارية المسقطة للمهر

فأما الفسخ المقرر للمهر أو لنصفه فتثبت معه الهدية

وإن كانت العطية لغير المتعاقدين بسبب العقد كأجرة الدلال والخاطب ونحوهما ففي النظريات لابن عقيل إن فسخ البيع بإقالة ونحوها لم يقف على **التراضي** فلا ترد الأجرة وإن فسخ بخيار أو عيب ردت لأن البيع وقع مترددا بين اللزوم وعدمه

". (١)

"

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله

فائدة من دعا شريكه إلى البيع في قسمة **التراضي** اجبر فان ابى بيع عليهما وقسم الثمن

نقله الميموني وحنبل

وذكره القاضي واصحابه

وذكره في الارشاد والفصول والايضاح والمستوعب والترغيب وغيرها وجزم به في القاعدة السادسة والسبعين والزركشي

وقدمه في الفروع

قال في الفروع وكلام الشيخ يعنى به المصنف والمجد يقتضي المنع

وكذا حكم الاجارة ولو في وقف

ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله في الوقف

قوله والضرر المانع من القسمة

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٨/٢٩٦

يعني قسمة الاجبار

هو نقص القيمة بالتسوية في ظاهر كلامه

يعني في رواية الميموني

وكذا قال في الهداية والمحرر وغيرهما وهو المذهب

جزم به في الوجيز وغيره

وقدمه في الخلاصة والنظم والرعايتين والحاوي الصغير والفروع وغيرهم

او لا ينتفعان به مقسوما في ظاهر كلام الخرقى

وهو رواية عن الامام احمد رحمه الله

اختارها المصنف

". (١)

"

ومنها لو كان بينهما ماشية مشتركة فاقتسماها في أثناء الحول واستداما خلطة (((المقطع))) الأوصاف

فإن قلنا القسمة إفراز لم ينقطع الحول بغيرخلاف

وإن قلنا بيع خرج على بيع الماشية بجنسها في أثناء الحول هل يقطعه أم لا

ومنها إذا تقاسما وصرحا **بالتراضي** واقتصرا على ذلك إن قلنا إفراز صحت

وإن قلنا بيع فوجهان في الترغيب

وكأن مأخذهما الخلاف في اشتراط الإيجاب والقبول

وظاهر كلامه انها تصح بلفظ القسمة على الوجهين

ويتخرج أن لا تصح من الرواية التي حكاها في التلخيص باشتراط لفظ البيع والشراء

ومنها قسمة المرهون كله أو نصفه مشاعا

إن قلنا هي إفراز صحت

وإن قلنا بيع لم تصح

ولو استقر بها المرتهن بأن رهنه أحد الشريكين حصته من حق معين من دار ثم اقتسما فحصل البيت في حصة شريكه

فظاهر كلام القاضي لا يمنع منه على القول بالإقرار

وقال صاحب المغنى يمنع منه

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ١١/٣٣٥

ومنها ثبوت الخيار وفيه طريقان

أحدهما بناؤه على الخلاف

فإن قلنا إفراز لم يثبت فيها خيار

". (١)

"

وقال في الهداية قال شيخنا يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء واقتصر عليه

وجزم به في الهداية والمذهب والمستوعب والخلاصة والنظم والرعايتين والحاوي الصغير ومنتخب الآدمي وتذكرة بن عبدوس وغيرهم

قال الشارح هكذا ذكره الشريف أبو جعفر وحكاه أبو الخطاب عن القاضي

وجزم به الشارح ونصره

قال هذه قسمة بمنزلة البيع

فإن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار وإنما يقسمان **بالتراضي** فتكون جارية مجرى البيع

قال وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة **التراضي** كالتي فيه رد عوض وما لا يجبر على قسمته لضرر فيه

فأما قسمة الإجبار إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغراس فيه فنقض البناء وقلع الغراس فإن قلنا القسمة بيع فكذلك

وإن قلنا ليست بيعا لم يرجع به

هذا الذي يقتضيه قول الأصحاب انتهى

وقال في القواعد إذا اقتسما أرضا فبنى أحدهما في نصيبه وغرس ثم استحقت الأرض فقلع غرسه وبناءه

فإن قلنا هي إفراز حق لم يرجع على شريكه

وإن قلنا بيع رجع عليه بقيمة النقص إذا كان عالما بالحال دونه

وقال ذكره في المغني ثم ذكر قول القاضي المتقدم

وقال في الفروع وإن بنى أو غرس فخرج مستحقا فقلع رجع على شريكه بنصف قيمته في قسمة الإجبار

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ١١/٣٥٠

". (١)

"بيع صحت ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق بناء على قول الأصحاب إذا باعه بيتا في وسط داره ولم يذكر طريقا صح البيع واستتبع طريقه كما ذكره القاضي في خلافه لو اشترط عليه الاستطراق في القسمة صح

قال المجد هذا قياس مذهبنا في جواز بيع

وفي منتخب الآدمي البغدادي يفسخ بعيب وسد المنفذ عيب فوائد

الأولى مثل ذلك في الحكم لو حصل طريق الماء في نصيب أحدهما قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله

وقال في الفروع ونصه هو لهما ما لم يشترطا رده وهذا المذهب

وجزم به في المغني والشرح والمصنف قاس المسألة الأولى على هذه كما تقدم في التخريج

ونقل أبو طالب في مجرى الماء لا يغير مجرى الماء ولا يضر بهذا إلا أن يتكلف له النفقة حتى يصلح له المسيل

الثانية لو كان للدار ظله فوقعت في حق أحدهما فهي له بمطلق العقد قاله الأصحاب

الثالثة لو ادعى كل واحد أن هذا البيت من سهمي تحالفا ونقضت القسمة

الرابعة قوله ويجوز للأب والوصي قسم مال المولى عليه مع شريكه بلا نزاع

ويجبران في قسمة الإجبار

ولهما أن يقاسما قسمة التراضي إن رأيا المصلحة

وتقدم حكم ما إذا غاب الولي في قسمة الإجبار هل يقسم الحاكم

وتقدم إذا غاب أحد الشريكين في فصل قسمة الإجبار والله أعلم

". (٢)

"أحدها (التراضي منهما) أي من المتعاقدين(١) (فلا يصح) البيع (من مكره بلا حق)(٢) لقوله عليه السلام «إنما البيع عن تراض» رواه ابن حبان(٣) فإن أكرهه الحاكم على بيع ما له، لوفاء دينه صح(٤) لأنه حمل عليه بحق(٥) وإن أكره على وزن مال، فباع ملكه، كره الشراء منه وصح(٦).

---

(١) بأن يأتيا به اختيارا، ظاهرا وباطنا، فإن لم يقصدا البيع باطنا، بل أظهراه تلجئة خوفا من ظالم ونحوه لم يصح، وكذا بيع هازل، وبيع الأمانة الذي هو في معنى القرض بعوض.

---

(١) الإنصاف للمرداوي، ٣٦٢/١١

(٢) الإنصاف للمرداوي، ٣٦٨/١١

(٢) سواء أكرها أو أحدهما، والمكره: هو المضطهد، الملجأ بأي نوع من أنواع الإكراه وقال الشيخ: من استولى على ملك إنسان بلا حق، ومنعه إياه حتى يبيعه له، فهو كبيع المكره بلا حق، فلا يصح البيع، لأنه ملجأ إليه اهـ ويقبل من البائع أن البيع وقع تلجئة أو هزلا، بقرينة دالة على ذلك، لاحتمال كذبه، فإن لم توجد فلا يقبل إلا ببينة.

(٣) وابن ماجه وغيرهما، وأصرح منه قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ أي عن طيب نفس كل واحد منكم، وحقيقة البيع: المبادلة الصادرة عن تراض، فدلت الآية والحديث على اشتراط **التراضي** من المتعاقدين.

(٤) يعني البيع، سواء رضي بذلك أو لم يرض، ولا بأس بالشراء منه.

(٥) أي إلزام له بقضاء واجب عليه.

(٦) أي وإن أكره على دفع مقدار من المال، كأسير يقال له: ما نفك إسارك إلا بكذا وكذا فباع ملكه لذلك، كره الشراء منه، أو لبيعه بدون ثمن مثله في

الغالب، وهو بيع المضطر، وصح الشراء منه، لأنه غير مكره على البيع، واختار الشيخ: الصحة من غير كراهة، لأن الناس لو امتنعوا من الشراء منه، كان أشد ضررا عليه، وسئل أحمد عن رجل مقر بالعبودية، حتى يباع فقال: يؤخذ البائع والمقر بالثمن، فإن مات أحدهما أو غاب، أخذ الآخر بالثمن، واختاره الشيخ: وصوبه في الإنصاف، وفي الفروع، يتوجه في كل غار، ولو أقرأنه عبده فرهنه فكبيع.." (١)

"(و) كالبيع (الصلح بمعناه)(١) كما لو أقر بدين أو عين، ثم صالحه عنه بعوض(٢) وقسمة **التراضي(٣)** والهبة على عوض، لأنها نوع من البيع(٤) (و) كبيع أيضا (إجارة) لأنها عقد معاوضة، أشبهت البيع(٥) (و) كذا (الصرف والسلم) لتناول البيع لهما(٦) (دون سائر العقود)(٧).

---

(١) أي الذي بمعنى البيع، وهو ما كان بعوض، فيثبت فيه خيار المجلس.

(٢) ثبت في خيار المجلس، لأنه بيع كما يأتي في بابه، وكالشركة فيما إذا أشركه في ملكه بالنصف ونحوه، بقسطه من ثمنه المعلوم، لأنها صورة من صور البيع بتخبير الثمن.

(٣) أي هي بمعنى البيع، يثبت فيها خيار المجلس.

(٤) إذا كان العوض فيها معلوما، يثبت فيها خيار المجلس، وكل منهما له الإمضاء والفسخ ما داما في المجلس.

(٥) فيثبت فيها خيار المجلس، سواء كانت على عين كدار وحيوان، أو نفع في الذمة، كأن استأجره لخياطة ثوب، أو بناء حائط.

(٦) أي ويثبت خيار المج لس، في ما قبضه شرط لصحته، كالصرف والسلم والربوي بجنسه، لتناول اسم البيع لذلك،

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣١١/٧

ولأن موضوعه النظر في الأحظ، وهو موجود هنا.

(٧) فلا يثبت فيها خيار المجلس، للاستغناء بجوازها، والتمكن من فسخها بأصل وضعها.." (١)

."

(وابتداؤها) أي ابتداء مدة الخيار (من العقد) إن شرط في العقد(١) وإلا فمن حين اشترط(٢) (وإذا مضت مدته) أي مدة الخيار ولم يفسخ، لزم البيع(٣).

(أو قطعاه) أي قطع المتعاقدان الخيار (بطل) ولزم البيع، كما لو لم يشترطاه(٤) (ويثبت) خيار الشرط (في البيع(٥) والصلح) والقسمة والهبة (بمعناه) أي بمعنى البيع(٦) كالصلح بعوض عن عين أو دين مقر به(٧) وقسمة **التراضي**(٨) وهبة الثواب(٩) لأنها أنواع من البيع(١٠).

---

(١) كأجل الثمن، لا من حين التفرق.

(٢) أي وإن شرطاه بعد العقد زمن الخيارين، فابتداء مدة الخيار من حين اشترط ويبقى إلى أن تنقضي مدته، لقوله صلى الله عليه وسلم«إلا بيع الخيار» أي فإنه يبقى إلى أجله.

(٣) لئلا يفضي إلى بقاء الخيار أكثر من مدته المشروطة، وهو لا يثبت إلا بالشرط، وتقدم الاتفاق على لزوم البيع بالتفرق من المجلس من غير خيار وأنه

ليس لأحدهما الرد إلا بالعيب، فكذا إذا انقضت مدة اشتراطه، ليس لأحدها الرد إلا بعيب.

(٤) أي الخيار، لأن اللزوم موجب البيع، وإنما تخلف بالشرط، وحيث قطعا الخيار وبطل، لزم العقد بموجبه، لخلوه عن المعارض.

(٥) ويبقى حتى تنقضي مدته التي شرطاها أو أحدهما وحكي اتفاقا، ومفهومه أنه لا يثبت فيما سواه، سوى ما استثناه، وقال الشيخ: يثبت خيار الشرط في كل العقود، ولو طالت المدة.

(٦) أي يثبت فيها خيار الشرط، جزم به في الفروع وغيره.

(٧) أي الدين أو العين وصالحه بمال، بشرط الخيار مدة معلومة، صح الخيار.

(٨) وهي ما كان فيها ضرر، أو رد عود لأنها نوع من البيع، فيقول: قبلت ولي الخيار يومين مثلا، لا إجبار، لأنها إفراز لا بيع.

(٩) أي الهبة التي فيها الثواب، يعني العوض، كأن يقول: وهبتك هذا الثوب على أن تهبني هذا الدينار.

(١٠) أي الصلح بعوض، وقسمة **التراضي**، وهبة الثواب، فصح الخيار فيها كالبيع.." (٢)

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٨٩/٧

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٩٤/٧

"(و) في (الإجارة في الذمة) كخياطة ثوب(١).

(أو) في إجارة (على مدة لا تلي العقد)(٢) كسنة ثلاث، في سنة اثنتين إذا شرطه مدة تنقضي قبل دخول سنة ثلاث(٣) فإن وليت المدة العقد ، كشهر من الآن، لم يصح شرط الخيار، لئلا يؤدي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها(٤) أو استيفائها في مدة الخيار(٥) وكلاهما غير جائز(٦) ولا يثبت خيار الشرط في غير ما ذكر(٧) كصرف، وسلم، وضمان، وكفالة(٨).

---

(١) وبناء حائط، بشرط الخيار، لأنه استدراك لغبن، أشبه خيار المجلس.

(٢) أي ويثبت خيار الشرط في إجارة عين، مدة لا تلي العقد، إن انقضى أجل الخيار، قبل دخول تلك المدة.

(٣) وشرط الخيار نصف سنة مثلا، صح خيار الشرط فيها، لأنها نوع من البيع .

(٤) من أجل الشرط.

(٥) أي ولئلا يؤدي الشرط إلى استيفاء بعض المنافع في مدة الخيار.

(٦) أي فوات بعض المنافع المعقود عليها أو استيفاؤها في مدة الخيار.

(٧) أي م ن البيع، والصلح بعوض، وقسمة **التراضي**، وهبة الثواب، والإجارة في الذمة، أو على مدة لا تلي العقد، بخلاف خيار المجلس.

(٨) أي فلا يصح خيار الشرط في مثل صرف وسلم، وإن صح فيهما خيار المجلس، وإن كانا بيعا فإن من شرط صحتهما التقابض في المجلس، وكذا بيع مكيل بمكيل، وموزون بموزون، لأن موضع هذه العقود على أن لا يبقى بين المتعاقدين علقة بعد التفرق، بدليل اشتراط القبض، وثبوت خيار الشرط فيها

يبقى بينهما علقا، فلا يصح شرطه فيها، وكالوقوف والضمان، والكفالة، ونحو ذلك مما ليس بيعا، ولا في معنى البيع، وعند الشيخ يثبت خيرا الشرط في كل العقود.." (١)

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٩٥/٧

"لقوله تعالى ﴿ فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ (١) وتسن إجابتها إذا(٢) إلا مع محبته لها، فيسن صبرها، وعدم افتدائها(٣) (وإلا) يكن حاجة إلى الخلع، بل بينهما الاستقامة (كره، ووقع)(٤)

---

(١) أي إلا أن يعلم الزوج أو الزوجة أن لا يقيما حدود الله، يخاف الزوج إذا لم تطعه امرأته أن يعتدي عليها، وتخاف المرأة أن تعصي الله في أمر زوجها، فلا جناح عليهما، فيما افتدت به المرأة نفسها منه، قال ابن عبد البر: لا نعلم أحدا خالف في ذلك إلا المزني، فإنه زعم أنها منسوخة بقوله ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ﴾ .

(٢) لما في الصحيح أن امرأة ثابت بن قيس قالت: يا رسول الله ما أعيب عليه من دين ولا خلق، ولكن أكره الكفر في الإسلام. أي كفران العشير المنهي عنه، والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له، فقال «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، فأمرها بردها، و أمره بفراقها، رواه البخاري، فتستحب إجابتها فيما تقدم من الصور.

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٤/٨

(٣) قال أحمد: إن كانت تبغضه وهو يحبها، لا آمرها بالخلع، وينبغي لها أن تصبر، وحمله القاضي على الاستحباب لا الكراهة، لنصه على جوازه في مواضع، وفي الاختيارات: إن كانت مبغضة له لخلقه، أو غير ذلك من صفاته، وهو يحبها، فكراهة الخلع في حقه تتوجه، وقال الشيخ: إذا أبغضته وهو محسن إليها، فإنه يطلب منه الفرقة، من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل، وإلا أمرت المرأة بالصبر، إذا لم يكن هناك ما يبيح الفسخ.

(٤) أي كره الخلع منه ومنها في هذه الحالة، ووقع، قال الوزير وغيره:

اتفقوا على أنه يصح الخلع، مع استقامة الحال بين الزوجين، وقال ابن رشد: الجمهور أنه جائز مع **التراضي**، إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها.." (١)

"ويجوز فيها ما يجوز في البيع خاصة(١) (ولا يجبر من امتنع) منهما (من قسمتها)(٢) لأنها معاوضة(٣) ولما فيها من الضرر(٤) ومن دعا شريكه فيها إلى بيع أجبر(٥) فإن أبى باعه الحاكم عليهما(٦) وقسم الثمن بينهما على قدر حصصهما(٧) وكذا لو طلب الإجارة ولو في وقف(٨).

والضرر المانع من قسمة الإجبار نقص القيمة بالقسمة(٩) ومن بينهما دار لها علو وسفل، وطلب أحدهما جعل السفل لواحد والعلو لآخر، لم يجبر الممتنع(١٠)

---

(١) أي: ويجوز في قسمة **التراضي**، ما يجوز في البيع خاصة، لأنها نوع من أنواعه.

(٢) للخبر وغيره.

(٣) فيشترط فيها الرضى منهما، كالبيع.

(٤) وتقدم لا ضرر ولا ضرار، ولأنه إتلاف وسفه، يستحق به الحجر، أشبه هدم البناء.

(٥) أي: ومن دعا شريكه في الدور الصغار ونحوها، مما تقدم إلى البيع أجبر، وكذا في شركة عبد أو بهيمة، أو سيف ونحوه، إلى البيع، أجبر الممتنع، ليتخلص الطالب من ض ر ر الشركة.

(٦) أي: فإن أبى الممتنع البيع باعه الحاكم عليهما، لأنه حق عليه، كما يبيع الرهن إذا امتنع الراهن.

(٧) قال الشيخ: وهو مذهب أبي حنيفة، ومالك وأحمد.

(٨) أي وكذا لو طلب شريكه، أن يؤجر معه، في قسمة **التراضي**، أجبر الممتنع فإن أصر أجره الحاكم عليهما، وقسم الأجرة بينهما، بحسب المالك أو الاستحقاق، وقد نص أحمد على بيع أشياء، تابعة للوقف، والاعتياض عنها.

(٩) لأن نقص القيمة بها ضرر، وهو منتف شرعا، وسواء انتفعوا به مقسوما أو لا ولا يعتبر للضرر، كونهما لا ينتفعان به مقسوما.

(١٠) قال في الإنصاف: بلا نزاع، وكذا لو طلب أحدهما قسمة السفل، دون العلو، أو بالعكس، أو قسمة كل واحد على حدة، أما لو طلب أحدهما قسمتهما معا، ولا ضرر وجب، وعدل بالقيمة، لا ذراع سفل بذراعي علو، ولا ذراع

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٤١٢/١١

بذراع، ولا إجبار أيضا في قسمة المنافع، فإن اقتسماها في زمان أو مكان صح جائزا، واختار المجد لزوم هـ، إن تعاقدا مدة معلومة.

قال الشيخ: لا ينفسخ حتى ينقضي الدور، ويستوفي كل واحد حقه، ولو استفوى أحدهما حقه، ثم تلفت المنافع في مدة الآخر، قبل تمكنه من القبض، فقال: يرجع على الأول ببدل حصته، من تلك المدة، ما لم يكن رضي بمنفعة الزمن المتأخر على أي حال كان.." (١)

"فيصح قسم لحم هدي وأضاحي(١) وثمر يخرص خرصا(٢) وما يكال وزنا وعكسه(٣) وموقوف ولو على جهة(٤) ولا يحنث بها من حلف لا يبيع(٥) ومتى ظهر فيها غبن فاحش بطلت(٦).

---

(١) مع أنه لا يصح بيع شيء منها، لكن لا يصح لحم مشوي بنيء ليحصل الربا المحرم.

(٢) أي ويصح قسم ثمر يخرص، من تمر وزبيب، وعنب ورطب، خرصا.

(٣) أي ويصح أن يقسم ما يكال، من ربوي وغيره، وزنا، وعكسه، وهو ما يوزن كيلا، وإن لم يقبض بالمجلس، وقال ابن القيم: يجوز قسم الدين في الذمم، ويختص كل بما قبضه، سواء كان في ذمة أو ذمم، وهو أولى من قسمة المنافع بالمهايأة، ولا يهدم ذلك قاعدة من قواعد الشريعة، ولا خالف نص كتاب ولا سنة، ولا قول صاحب، ولا قياس من شهد له الشرع باعتبار، وليس في أصول أحمد ما يمنع ذلك، كما ليس في أصول الشريعة ما يمنعها.

(٤) قال في الفروع: وظاهر كلام الأصحاب، لا فرق بين جهة أو جهتين واستظهر وإنم ا تصح إذا كان بلا رد عوض، من أحد الجانبين، وما بعضه وقف بلا رد من رب الطلق.

(٥) أي ولا يحنث بالقسمة، من حلف لا يبيع، وإن كان أحد قسميها في معنى البيع، لأن الإيمان مبناها على العرف، وهي لا تسمى بيعا عرفا، وإن كانت في معناه، وقيل يحنث إن قلنا هي بيع، وقال في القواعد: لا تسمى القسمة بيعا في العرف فلا يحنث بها، ولا بالحوالة والإقالة، وإن قيل هي بيوع.

(٦) أي ومتى ظهر في قسمة الإجبار، غبن فاحش، بطلت، لتبين فساد الإفراز، بخلاف قسمة التراضي، فإذا حصل على أحد المقتسمين غبن، لم تبطل، وثبت له الخيار.." (٢)

"(وكيف اقترعوا جاز) بالحصى أو غيره(١) وإن خير أحدهم الآخر، لزمت برضاهم، وتفرقهم(٢) ومن ادعى غلطا فيما تقاسماه بأنفسهما، وأشهدا على رضاهما به، لم يلتفت إليه(٣) وفيما قسمه قاسم حاكم(٤).

---

(١) كرقاع أو خواتيم، قال أحمد: إن شاء رقاعا وإن شاء خواتيم يطرح ذلك في حجر من لم يحضر، ويكون لكل واحد خاتم معين ثم يقال أخرج خاتما على هذا السهم، فمن خرج خاتمه فهو له، والأحوط كتابة كل شريك برقعة وتدرج في

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٤٩٦/١٣

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٥٠٠/١٣

نحو بنادق، ويقال لمن لم يرها، أخرج بندقة على هذا السهم، فمن خرج سهمه فهو له.

(٢) قال الشارح: ويحتمل أن لا تلزم فيما فيه رد، بخروج القرعة، حتى يرضيا بذلك، لأن ما فيه رد، بيع حقيقة، والبيع لا يلزم بالقرعة، وخيار المجلس، يثبت في القسمة بمعنى البيع، وهي قسمة **التراضي**.

(٣) أي لم تسمع دعواه، ولا بينته، ولا يحلف غريمه، لانه رضي بالقسم على الصورة التي وقعت، ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه، واختار الموفق: يقبل قوله مع البينة، وفي الرعاية وغيرها: إلا أن يكون مدعي الغلط، مسترسلا، مغبونا بمالا يتسامح به عادة، وإذا ثبت غبنه، فله فسخ القسمة.

(٤) يقبل قول المنكر مع يمينه، إلا أن يكون للمدعي بينة، فتنقض القسمة، لأن حكم عليه بالقسمة، وسكوته استند إلى ظاهر حال القاسم، فإذا قامت البينة بغلطه، كان له الرجوع فيما غلط به.." (١)

"إن زادت ولا في أخذ الناقص بقسطه لأن نقصان القدر ليس بعيب في الباقي ويأخذه مشتر ناقصا بقسطه من ثمن & باب الخيار في البيع والتصرف في المبيع قبل قبضة وما يحصل له قبضه &

والإقالة وما يتعلق بها الخيار اسم مصدر اختار يختار اختيارا وهو أي الخيار في بيع وغيره طلب خير الأمرين من إمضاء عقد وفسخه هنا وأقسامه أي الخيار في البيع بحسب أسبابه ثمانية بالاستقراء أحدها خيار المجلس بكسر اللام موضع الجلوس والمراد هنا مكان التبايع ويثبت خيار مجلس في بيع عند أكثر أهل العلم ويروي عن عمر وابنه وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة الأسلمي لحديث البيعان بالخيار مالم يتفرقا متفق عليه من حديث ابن عمر وحكيم بن حزام ورواه مالك وغيره عن نافع عن ابن عمر وقول عمر البيع صفقة أو خيار معناه تقسيم البيع إلى ما شرط فيه ومالم يشترط فيه سماه صفقة القصر مدة الخيار فيه لأنه قد روى عنه أبو إسحاق الجوزجاني مثل مذهبنا ولا يصح قياس البيع على النكاح لأنه يحتاط له قبله غالبا فلا يحتاج إلى خيار بعده غير كتابة فلا خيار فيه لأنها تراد للعتق و غير تولي طرق عقد في بيع بأن أنفرد بالبيع واحد لولاية أو وكالة فلا خيار له كالشفيع وغير شراء من يعتق عليه كرحمه المحرم لعتقه بمجرد انتقال الملك إليه بالعقد أشبه ما لو مات قبل التفرق قال المنقح أو يعترف بحريته قبل الشراء لأنه استنقاذ لاشراء حقيقة لاعترافه بحريته وكبيع في ثبوت خيار مجلس فيه صلح بمعنى بيع بأن أقر له بدين أو عين ثم صالحه عنه بعوض و كبيع قسمة بمعنى بيع وهي قسمة **التراضي** و كبيع هبة بمعناه وهي التي فيها عوض معلوم فيثبت فيها خيار المجلس كالبيع وكبيع إجارة مطلقا و كبيع ما أي عقد قبضة أي العوض فيه شرط لصحته أي لدوامها كصرف وسلم وبيع ربوي من مكيل وموزون بجنسه أي بربوي كبيع بر ببر مثله أو بشعير فيثبت فيها خيار المجلس لعموم الخبر ولأن موضوعه النظر في الاحظ وهو موجود هنا ولا يثبت خيار مجلس في مساقاة ومزارعة ووكالة وشركة ونحوها من العقود الجائزة للاستغناء

---

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣/١٤

". (١)

"فلأن في إخدامها غيرها توفيرا لها على حقوقه وترفها له ورفعا لقدرها وذلك يفوت بخدمة نفسها وأما الزوجة فلأن غرضها من الخدمة قد لا يحصل به لأنها تحتشمه وفيه غضاضة عليها (ويلزمه) لزوجته (مؤنسة لحاجة) كخوف مكانها وعدو تخاف على نفسها منه لأنه ليس من المعاشرة بالمعروف إقامتها بمكان لا تأمن فيه على نفسها وتعيين المؤنسة إلى الزوج ويكتفي هو بتونيسه هو لها و (لا) يلزمه (أجرة من يوضيء) زوجة (مريضة) لأنه ليس من حوائجها المعتادة (بخلاف رقيقه) المريض فيلزمه أجرة من يوضئه إن لم يمكنه الوضوء بنفسه لأن النفقة عليه لتملكه إياه بخلاف الزوجة فهي للاستمتاع بها ولا دخل للوضوء فيه فصل والواجب على زوج دفع قوت

من خبز وأدم ونحوه لزوجة وخادمها وكل من وجبت نفقته (لا) دفع (بدله) أي القوت من نقد أو فلوس ولا يلزمها قبوله لأنه ضرر عليها لحاجتها إلى ما يشتريه لها وقد لا يحصل أو فيه مشقة بخروجها له أو تكليف من يمن عليها به (ولا) دفع (حب) ولا يلزمها قبوله لما فيه من تكليفها طحنه وعجنه وخبزه ولقول ابن عباس في قوله تعالى ﴿ من أوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ قال الخبز والزيت وعن ابن عمر الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر وأفضل ما تطعمونهن الخبز واللحم ولأن الشرع ورد بالإيجاب مطلقا من غير تقدير ولا تقييد فرجع فيه إلى العرف وهو دفع القوت وكنفقة المماليك فإن طلبت مكان الخبز حبا أو دقيقا أو دراهم لم يلزمه بذله (ويكون) الدفع (أول نهار كل يوم) أي عند طلوع شمسه لأنه أول وقت الحاجة إليه فلا يجوز تأخيره عنه (ويجوز ما اتفقا عليه من تعجيل وتأخير) عن وقت وجوب (و) من (دفع ع وض) كدراهم عن نفقة أو كسوة لأن الحق لا يعدوهما ولكل منهما الرجوع عنه بعد التراضي في المستقبل (ولا يجبر من أبى) منهما ذلك لعدم وجوبه عليه (ولا يملك حاكم) ترافع إليه زوجان (فرض غير الواجب كدراهم مثلا إلا باتفاقهما) أي الزوجين فلا يجبر من امتنع منهما قال في الهدى أما فرض الدراهم فلا أصل له في كتاب

". (٢)

"النصيب المقسوم وبفتحها مصدر قسمت الشيء فانقسم وقاسمه المال وتقاسماه واقتسماه وعرفا تمييز بعض الأنصباء عن بعض وافرازها عنها وأجمعوا عليها لقوله تعالى ﴿ وإذا حضر القسمة ﴾ وقوله ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ﴾ وحديث إنما الشفعة فيما لا يقسم وقسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر على ثمانية عشر سهما ولحاجة الناس اليها وذكرت في القضاء لأن منها ما يقع بإجبار الحاكم عليه ويقاسم بنصيبه وهي أي القسمة نوعان أحدهما قسمة تراض بأن يتفق عيها جميع الشركاء وتحرم القسمة في مشترك لا ينقسم إلا بضرر على الشركاء وأحدهم لحديث لا ضرر ولا ضرار رواه أحمد وغيره قال الثوري حديث حسن له طرق ويقوي بعضها بعضا أو برد عوض منهم أو من أحدهم لأنها

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٣٥/٢

(٢) شرح منتهى الإرادات، ٢٢٨/٣

معاوضة بغير الرضا كحمام ودور صغار بحيث يتعطل الانتفاع بها إذا قسمت أو يقل و كشجر مفرد وأرض ببعضها بئر أو بناء ونحوه كمعدن ولا تتعدل بأجزاء أي بجعلها أجزاء ولا بقيمة إلا برضا الشركاء كلهم لأن فيها أما ضرر أو رد عوض وكلاهما لا يجبر الانسان عليه وحكم هذه القسمة كبيع يجوز فيها ما يجوز فيه أي البيع خاصة لمالك النصيب إن لم يكن محجورا عليه ووليه إن كان كذلك خاصة لما فيها من الرد وبه تصير بيعا لبذل صاحبه اياه عوضا عما حصل له من حق شريكه وهذا هو البيع قال المجد الذي تحرر عندي فيما فيه رد عوض أنه بيع فيما يقابل الرد وافراز في الباقي انتهى فلا يفعلها الولي إلا أن رآها مصلحة وإلا فلا كبيع عقار موليه ولو كان بين اثنين بناء أعلى وبناء أدنى فقال أحدهما أنا آخذ الأدنى أي الأسفل ويبقى لي في الأعلى تتمة حصتي فلا اجبار لشريكه على ذلك لما فيه من اسقاط حق شريكه من الأدنى بغير رضاه ومن دعا شريكه إلى بيع فيها أي قسمة **التراضي** أجبر شريكه على البيع معه فإن أبى أي امتنع شريكه من بيع معه بيع أي باعه حاكم عليهما وقسم الثمن بينهما على قدر حصتيها نصا وكذا لو طلب أحد الشريكين الاجارة أي أن يؤجر شريكه معه في قسمة **التراضي** فيجبر الممتنع ولو شريكا في وقف فإن أبى أجره حاكم عليهما وقسم الآجرة بينهما على قدر حصتيهما والضرر المانع من قسمة الاجبار نقص القيمة

---

(١) ".

"الوقف فإذا كان العوض من رب الطلق لم يجز لأنه يبذله لأخذ ما يقابله من الوقف وبيعه غير جائز وتصح القسمة إن تراضيا أي الموقوف عليه ورب الطلق يرد من أهل الوقف لأنهم يأخذون بعض الطلق وبيعه جائز ولا يحنث بها أي قسمة الاجبار من حلف لا يبيع لأنها إفراز لا بيع ومتى ظهر فيها أي قسمة الاجبار غبن فاحش بطلت لتبين فساد الافراز ولا شفعة في نوعيها أي قسمة **التراضي** وقسمة الاجبار لأنها لو ثبتت لأحدهما على الآخر لثبتت للآخر عليه فيتنافيان ويتفاسخان بعيب ظهر في نصيب أحدهما ويصح من الشريكين أن يتقاسما بأنفسهما وأن ينصبا قاسما بأنفسهما لأن الحق لا يعدوهما ولهما أن يسألا حاكما نصبه أي لقاسم لأنه أعلم بمن يصلح للقسمة وإذا سألوه وجبت عليه إجابتهم لقطع النزاع ويشترط إسلامه أي القاسم إذا نصبه حاكم ويشترط عدالته ليقبل قوله في القسمة ويشترط معرفته بها أي بالقسمة ليحصل منه المقصود لأن اغ ير العارف لا يمكنه تعديل السهام لأنه إذا لم يعرف ذلك لم يكن تعيينه للسهام مقبولا كحاكم يجهل ما يحكم به لا حريته فتصح من عبد ويكفي قاسم واحد حيث لم يكن في القسمة تقويم لأنه كالحاكم ولا يكفي واحد مع تقويم بل لا بد من اثنين لأنه شهادة بالقيمة فاعتبر النصاب كباقي الشهادات وتباح أجرته أي إعطاؤها وأخذها لأنها عوض عن عمل لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة وتسمى أجرة القاسم القسامة بضم القاف ذكره الخطابي وفي حديث أبي سعيد مرفوعا إياكم والقسامة قيل وما القسامة قال الشيء يكون بين الناس فينتقص منه رواه أبو داود قال الخطابي وإنما جاء هذا فيمن ولي أمر قوم وكان عريفا لهم أو نقيبا لهم فإذا قسم بينهم سهامهم أمسك منها شيئا لنفسه يستأثر به عليهم ثم ذكر ما رواه أبو داود بإسناد جيد عن عطاء بن يسار مرسلا نحوه

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٥٤٤/٣

قال فيه الرجل يكون على الفئام من الناس فيأخذ من حظ هذا ومن حظ هذا الفئام الجماعات وهي أي أجرة القسم على الشركاء (بقدر الأملاك) نصا (ولو شرطخلافه) فالشرط لاغ (ولا ينفرد بعض) الشركاء باستئجار قاسم لأن أجرته على الشركاء كلهم على قدر أملاكهم وكقاسم في أخذ أجرة وكونها على

---

(١) ".

"تختلف القيمة والسهام فتعدل السهام بالقيمة وتجعل السهام متساوية القيمة وتخرج الأسماء على السهام كالقسم الثاني إلا أن التعديل هنا بالقيمة وكله يعلم مما تقدم وتلزم القسمة بخروج قرعة لأن القاسم كحاكم وقرعته حكم نص عليه ولو كانت القسمة فيما فيه رد عوض أو ضرر إذا تراضيا عليها وخرجت القرعة إذ القاسم يجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته كقسمة الاجبار وتقدم أن قسمة **التراضي** يثبت فيها خيار المجلس فلعله إذا لم يكن ثم قاسم بدليل قوله وان خير أحدهما أي الشريكين الآخر بأن قال له اختر أي القسمين شئت بلا قرعة ولم يكن ثم قاسم فالقسمة تلزم برضاهما وتفرقهما بأبدانهما كتفرق متبايعين فصل ومن ادعى من الشركاء غلطا أو حيفا

فيما تقاسماه بأنفسهما وأشهدا على رضاهما به لم يلتفت إليه فلا تسمع دعواه ولا تقبل بينته ولا يحلف غريمه لرضاه بالقسمة على ما وقع فيلزم رضاه بزيادة نصيب شريكه وتقبل دعواه غلطا أو حيفا ببينة شهدت به فيما قسمه قاسم حاكم لأنه حكم عليه بالقسمة وسكوته استند إلى ظاهر حال القاسم فإذا قامت البينة بغلطه كان له الرجوع فيما غلط به كمن أخذ دينه من غريمه ظانا أنه قدر حقه فرضي به ثم تبين نقصه فله الرجوع بنقصه وإلا تكن بينة شهدت بالغلط حلف منكر الغلط لأن الظاهر صحة القسمة واداء الأمانة فيها وكذا قاسم نصباه بأنفسهما فقسم بينهما ثم ادعى أحدهما الغلط فيقبل ببينة والا حلف منكر وإن استحق بعدها أي القسمة معين من حصتيهما على السواء لم تبطل القسمة فيما بقى كما لو كان المقسوم عينين فاستحقت احداهما إلا أن كون ضرر المعين المستحق في نصيب أحدهما أي الشريكين أكثر من ضرر الشريك الآخر كسد طريقة أو سد مجرى مائة أو سد ضوئه ونحوه مما فيه الضرر لأحدهما أكثر من الآخر فتبطل القسمة لفوات التعديل كما لو كان المستحق في أحدهما أي النصيبين وحده أو كان شائعا

---

(٢) ".

"ولو فيهما أي النصيبين لأنه شريك لم يرض فان كانت القسمة **بالتراضي** فثم شريك يرضى وإن كانت بالإجبار فالثالث لم يحكم عليه بالقسمة وان ادعى كل من الشريكين شيئا من المقسوم انه من سهمه وأنكره الآخر تحالفا أي حلف كل منهما للآخر على نفي ما ادعاه ونقضت القسمة لأن المدعي لا يخرج عن ملكيهما ولا سبيل لدفعه لمستحقه

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٣/٥٥٠

(٢) شرح منتهى الإرادات، ٣/٥٥٣

منهما بدون نقض القسمة ومن كان من المقتسمين بنى أو غرس في نصيبه فخرج المقسوم مستحقا فقلع غرسه أو بناؤه رجع على شريكه بنصف قيمته في قسمة تراض فقط نحو أن كان بينهما داران سوية فتراضيا على أخذ كل منهما دارا منهما فخرجت إحداهما مستحقة فقلع مستحقها ما غرسه أو بناه فيها الشريك فيرجع على شريكه بنصف قيمة ذلك لأن هذه القسمة في معنى البيع فحكمها حكمه بخلاف قسمة الإجبار فإنها افراز فاذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا وقلع غرسه أو بناؤه فلا رجوع له على شريكه بشيء لأنه لم يغره ولم ي نتقل إليه من جهته ببيع وانما أفرز حقه من حقه ولمن خرج في نصيبه من الشركاء عيب جهله وقت القسمة إمساك نصيبه المعيب مع أخذ ارش العيب من شريكه كفسخ أي كما له فسخ القسمة كالمشتري لوجود النقص ولا يمنع دين على ميت نقل ملك تركته إلى ملك ورثته نصا فيمن أفلس ثم مات بخلاف ما يخرج من ثلثها أي التركة من معين موصى به لفقراء أو نحو مسجد فلا ينتقل الملك في الموصي به إلى ورثة الموصى وأما الموصى به لمعين كفلان ابن فلان فلا ينتقل إليه بقبوله بعد الموت وما بعد الموت وقبل القبول ملكه للورثة ونماؤه لهم كما تقدم في الوصايا وحيث علم أن الدين لا يمنع نقل التركة فظهوره أي الدين بعد قسمة التركة لا يبطلها أي القسمة لصدورها من المالك ويصح بيعها أي التركة قبل قضائه أي الدين أن قضى الدين وإلا نقض البيع وكذا هبتها ونحوها كالعبد الجاني فالنماء في التركة بعد الموت بغلاتها أو أثمار شجر أو نت ا ج ماشية ونحوه لوارث ولا يتعلق به حق الغرماء لأنه من نماء ملكه كنماء جان لا حق لولي الجناية فيه ويصح عتقه أي الرقيق من التركة مع دين على الميت ويغرم قيمته لرب الدين ولا ينقض العتق ولو أعسر الوارث أو كان معسرا كعتق

---

(١) ".

"ونحو هذه الأشياء .. ومن الأمثلة الموجودة الآن.. * تغيير تاريخ السلعة.. هذه السلعة أنتجت في تاريخ كذا يؤخر تاريخ الإنتاج ؛ فيزيد الثمن * أو تغيير بلد إنتاج هذه السلعة.. فهذه السلعة أنتجت في هذا البلد الفلاني فيكتب عليها أنها أنتجت في البلد الفلاني ولا شك أن هذا يختلف عند الناس. لأن البلدان تختلف في قوة الإنتاج * أو يغير اسم المصنع الذي قام بصناعة هذه السلعة أو الشركة التي أنتجت هذه السلعة فتنتج هذه السلعة شركة فيجعل على هذه السلعة أن الذي أنتجها الشركة الفلانية من الشركات التي عرفت بجودة الإنتاج.. فهذا نوع من التدليس * ومثل ذلك في السيارات — السيارة قطعت كذا من الكيلوات فيدلس ويغير في العداد الذي يعد الكيلوات بحيث يظهر أن هذه السيارة لم تقطع إلا مسافة قليلة فهذا داخل في التدليس — المهم الصور في هذه كثيرة والضابط كما سلف.. أن يظهر الجيد بصورة الأجود ويظهر ال ر ديء بصورة الجيد بما يزيد به الثمن . فهذا كله محرم ، فحكم التدليس محرم ولا يجوز لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن الغش ففي الصحيح أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال:(من غش فليس مني) وحديث أبي هريرة في الصحيحين (لا تصاروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر) فقال – صلى الله عليه وسلم – (لا تصاروا) وهذا نهي والنهي يقتضي التحريم

---

(١) شرح منتهى الإرادات، ٥٥٤/٣

(فإذا ثبت التدليس) فالمشتري له الخيار.. سواء كان التدليس في السلعة فيثبت الخيار للمشتري – أو كان التدليس في الثمن فيثبت الخيار للبائع.

وخيار التدليس على التراخي.. متى علم من دُلِّس عليه أنه دلس عليه فإن له حق الفسخ.. فهو على **التراضي** قبل العلم.. لكن بعد العلم ــ يجب عليه أن يبادر إما بالإمضاء أو الفسخ.. فحينئذ يكون له قسمان :

١) على **التراضي** ما لم يعلم .." (١)

"كما تقدم) لخبر أمرت أن أقاتل الناس (وإن كان) إسلامهم (بعد الحكم بالقتل عصموا دماءهم فقط) لأن قتل المسلم حرام

ولا يعصمون مالهم ولا ذريتهم لأنها صارت للمسلمين قبل إسلامهم (ولا يسترقون) لأنهم أسلموا قبل استرقاقهم (ويكون المال على ما حكم فيه) كالأنفس (وإن حكم بأنهم للمسلمين

كان) المال (غنيمة) للمسلمين (وإن حكم عليهم بإعطاء الجزية لم يلزم حكمه) لأن عقد الجزية عقد معاوضة يتوقف على **التراضي**

(وإن سألوه) أي أهل الحصن (أن ينزلهم على حكم الله) تعالى (لزمه أن ينزلهم

ويخير فيهم كالأسرى) لأن ذلك هو الحكم بحسب اجتهاده لهم

لكن في حديث بريدة الذي أخرجه أحمد ومسلم مرفوعا وغيرهما وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله

ولكن أنزلهم على حكمك

فإنك لا تدري أتصيب فيهم أم لا وأجاب عنه النووي في شرح مسلم بأن المراد أنه لا يأمن أن ينزل وحي عليه صلى الله عليه وسلم بخلاف ما حكم به

وهذا الحكم منتف بعد النبي صلى الله عليه وسلم

فلهذا قال في الواضح يكره

وقال في المبهج لا ينزلهم

لأنه كإنزالهم بحكمنا

ولم يرضوا به

وعلى الأول فيخير (بين القتل والرق والمن والفداء) لما تقدم في الإمام

(ويكره نقل رأس) كافر من بلد إلى بلد (ورميه بمنجنيق بلا مصلحة) لما روى عقبة بن عامر أنه قدم على أبي بكر الصديق برأس بنان البطريق

فأنكر ذلك فقال يا خليفة رسول الله فإنهم يفعلون ذلك بنا

---

(١) شرح كتاب البيع من عمدة الطالب، ص/٥٨

قال فأذن بفارس والروم لا يحمل إلي رأس إنما يكفي الكتاب والخبر قال الشيخ تقي الدين وهذا حيث لا يكون في التمثيل بهم زيادة في الجهاد

ولا يكون نكالا لهم عن نظيرها

فأما إن كان في التمثيل السائغ دعاء لهم إلى الإيمان أو زجر لهم عن العدوان فإنه هنا من إقامة الحدود والجهاد المشروع

ولم تكن القصة في أحد كذلك

فلهذا كان الصبر أفضل

(ويحرم أخذه) أي الأمير (مالا ليدفعه) أي الرأس (إليهم) أي إلى الكفار

لحديث ابن عباس إن المشركين أرادوا أن يشتروا جسد رجل من المشركين

فأبى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعهم وضعفه عبد الحق وابن القطان

ورواه أحمد وفيه ادفعوا إليهم جيفته فإنه خبيث الجيفة خبيث الدية فلم يقبل منهم شيئا

وله في رواية حنبل فخلى بينهم وبينه

." (١)

"المعلوم أنه ثمنه (عادة) كقطع الحلوى وحزم البقل (وأخذه)

قال في المبدع وشرح المنتهى وظاهره ولو لم يكن المالك حاضرا

(و) ينعقد البيع ب (نحو ذلك مما يدل على بيع أو شراء) في العادة

(ويعتبر في) صحة بيع (المعاطاة معاقبة القبض) للطالب

في نحو خذ هذا بدرهم (أو) معاقبة (الإقباض للطلب) في نحو أعطني بهذا خبزا

(لأنه إذا اعتبر عدم التأخير في الإيجاب والقبول اللفظي) أي إذا اعتبر أن لا يتأخر أحدهما عن الآخر حتى يتفرقا من المجلس أو يتشاغلا بما يقطعه عرفا

(ف) باعتبار عدم التأخير (في المعاطاة أولى)

نبه عليه ابن قندس والعطف بالفاء في نحو فيعطيه ومابعده يدل عليه

وظاهره أن التأخير في المعاطاة مبطل

ولو كان بالمجلس لم يتشاغلا بما يقطعه لضعفها عن الصيغة القولية

(وكذا هبة وهدية وصدقة) فتنعقد بالمعاطاة لاستواء الجميع في المعنى

ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال إيجاب وقبول في شيء من ذلك

---

(١) كشاف القناع، ٦١/٣

(فتجهيز بنته) أو غيرها

قال الشيخ التقي تجهيز المرأة (بجهاز إلى بيت زوج تمليك) لها (ولا بأس بذوق المبيع عن الشراء) نص عليه

لقول ابن عباس ولجريان العادة به

ونقل حرب لا أدري

إلا أن يستأذنه

فلذا قال (مع الإذن) وكأنه جمع بين الروايتين لكن قدم الأولى في الفروع والمبدع والإنصاف

وغيرها

(وشروط البيع سبعة

أحدها **التراضي** به منهما) أي من المتبايعين

(وهو أن يأتي به اختيارا) لقوله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ولحديث إنما البيع عن تراض رواه ابن حبان

(ما لم يكن بيع تلجئة وأمانة بأن يظهرا بيعا لم يريداه باطنا بل) أظهراه (خوفا من ظالم ونحوه) كخوف ضياعه أو نهبه ودفعا له (ف) البيع إذن (باطل) حيث تواطآ عليه (وإن لم يقولا في العقد تبايعنا هذا تلجئة) لدلالة الحال عليه

(قال الشيخ بيع الأمانة) هو (الذي مضمونه اتفاقهما) أي اتفاق البائع والمشتري (على أن البائع جاءه بالثمن أعاد إليه) المشتري (ملك ذلك ينتفع به) أي بالملك المبيع (المشتري بالإجارة والسكنى ونحو ذلك) كركوب ما يركبه أو حلبه

(وهو) أي البيع إذن (عقد باطل بكل حال

ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل ومنفعة الدار) أو نحوها (هي الربح) فهو في المعنى

". (١)

"خيار المجلس (في الشركة فيه) أي فيما إذا أشركه في ملكه بالنصف ونحوه بقسطه من ثمنه المعلوم كما يأتي لأنها صورة من صور البيع بتخيير الثمن

(و) يثبت خيار المجلس (في الصلح على مال) عن دين أو عين أقر بهما

لأنه بيع كما يأتي في بابه

---

(١) كشاف القناع، ٣/١٤٩

(و) يثبت خيار المجلس في (الإجارة على عين) كدار وحيوان (ولو كانت مدتها تلي العقد) بأن أجره الدار مثلا شهرا من الآن

(أو) كانت الإجارة على (نفع في الذمة) بأن استأجره لخياطة ثوب أو بناء حائط ونحوه لأن الإجارة نوع من البيع (و) يثبت خيار المجلس (في الهبة إذا شرط فيها) الواهب (عوضا معلوما) لأنها حينئذ بيع

وكون البيع وما بمعناه مما ذكر يثبت فيه خيار المجلس (بمعنى أنه يقع جائزا سواء كان فيه) أي في البيع بصوره المذكورة (خيار شرط أم لا) فكل من العاقدين له إمضاء البيع وفسخه (غير كتابة) فلا خيار فيها

لأنها وسيلة للعتق

(و) غير (تولي طرفي عقد بيع و) تولي (طرفي عقد هبة بعوض) أو تولي طرفي صلح بمعنى بيع وسائر صور البيع السابقة إذا تولى طرفيها واحد لا خيار فيها

لانفراد العاقد بالعقد كالشفيع

(وغير قسمة إجبار) فلا خيار فيها (لأنها إفراز حق لا بيع) وخرج بقسمة الإجبار قسمة التراضي فيثبت فيها خيار المجلس

كما في المنتهى وغيره

ويأتي في القسمة التنبيه على ما فيه (وغير شراء من يعتق عليه) لقرابة أو تعليق كما لو باشر عتقه (قال المنقح أو يعترف بحريته قبل الشراء) بأن أقر بأنه حر أو شهد بذلك فردت شهادته ثم اشتراه

لم يثبت له خيار المجلس لأنه صار حرا باعترافه السابق

وشراؤه له افتداء كشراء الأسير

وليس شراء حقيقة

(ويثبت) خيار المجلس (فيما) أي في عقد بيع ما (قبضه شرط لصحته) أي صحة عقده (كصرف وسلم وبيع مال الربا بجنسه) يعني بيع مكيل وموزون بموزون ولو من غير جنسه

فالمراد بجنسه المجانس له في الكيل أو الوزن فقط

(ولا يثبت) خيار المجلس (في بقية العقود والفسوخ كالمساقاة والمزارعة والحوالة والإقالة والأخذ بالشفعة والجعالة والشركة والوكالة والمضاربة والعارية) والمسابقة (والهبة بغير عوض والوديعة والوصية قبل الموت) لأنه لا أثر لرد الموصى له

ولا لقبوله قبله كما يأتي

(ولا في النكاح والوقف والخلع والإبراء والعتق على مال والرهن والضمان والكفالة) والصلح عن نحو دم عمد لأن ذلك كله

". (١)

"أيضا أن يكون البائع حيا) إلى حين الرجوع وهو الشرط السابع قال في الترغيب والرعاية الكبرى ولربه دون ورثته على الأصح أخذه وقدمه في الرعاية الصغرى والفائق والزركشي والتلخيص

وظاهر كلامه في المقنع والمنتهى لا يشترط

ولورثته أخذ السلعة كما لو كان صاحبها حيا

قال في الإنصاف وهو صحيح وهو ظاهر ما قدمه في الفروع

وظاهر كلام أكثر الأصحاب لعدم اشتراطهم ذلك

قال في المبدع والأصح أنه يثبت لهم

(وإن كان الثمن مؤجلا رجع) البائع (فيها) أي في السلعة المبيعة (فأخذها عند حلول الأجل فتوقف إليه) أي إلى أن يحل الدين فيختار البائع الفسخ أو الترك ولا تباع لأن حق البائع تعلق بها

فقدم على غيره وإن كان مؤجلا كالمرتهن (ويصح الرجوع فيها) أي في العين المبيعة (و) يصح الرجوع أيضا (في غيرها) أي في غير المبيعة كالقرض ورأس مال السلم ونحوه مما تقدم أول الفصل (بالقول) كرجعت في متاعي أو أخذته أو استرجعته أو فسخت البيع أو نحوه ولو (على التراضي) كرجوع الأب في الهبة

ويكون رجوعه (فسخا) حقيقة أو حكما لأنه قد لا يكون هناك عقد بفسخ كاسترجاع الزوج الصداق الذي انفسخ النكاح فيه بما يسقطه قبل فلس المرأة إذا باعته ثم عاد إليها ونحوه

وإلا فيرجع إلى ملكه قهرا حيث استمر في ملكها بصفته (بلا حكم حاكم) لثبوته بالنص كفسخ المعتقة

(إذا كملت الشروط) السابقة (ولو حكم حاكم بكونه) أي الذي وجد متاعه عند المفلس (أسوة الغرماء نقض حكمه نصا)

قال أحمد ولو أن حاكما حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ذكره في المغني والشرح

(ولا يفتقر الرجوع إلى شروط البيع من المعرفة والقدرة على تسليمه) ونحو ذلك لأنه فسخ لا بيع

(فلو رجع) البائع ونحوه (في) عبد (آبق صح) الرجوع (وصار) العبد ملكا (له

فإن قدر) البائع أو نحوه (أخذه وإن تلف) الآبق (فمن ماله) أي البائع ونحوه كسائر أمواله

(وإن بان تلفها) أي السلعة (حين استرجاعه) لها (بطل رجوعه) أي تبينا أن رجوعه كان باطلا

إذ لا يمكن الرجوع في المعدوم ومنه لو رجع في أمة وطئها المفلس ثم تبين أنها كانت حملت قبل الرجوع إذ الاستيلاء إتلاف

---

(١) كشاف القناع، ٣/١٩٩

(فأما الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب والنقص) بالرفع عطف على الزيادة (بهزال أو نسيان صنعة أو) نسيان (كتابة أو كبر

---

(١) ".

"(وإن عضلها أي ضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من القسم والنفقة ونحو ذلك) كما لو نقصها شيئا من ذلك (ظلما لتفتدي نفسها فالخلع باطل

والعوض مردود والزوجية بحالها)

لقوله تعالى ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن ﴾ ولأن ما تفتدى به نفسها مع ذلك عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحق أخذه منها للنهي عنه والنهي يقتضي الفساد

(إلا أن يكون بلفظ طلاق أو نيته فيقع رجعيا) ولم تبن منه لفساد العوض (وإلا) بأن لم يكن بلفظ الطلاق ولا نيته كان (لغوا) لفساد العوض

(وإن فعل) الزوج (ذلك) أي ما ذكر من المضارة بالضرب والتضييق والمنع من الحقوق (لا لتفتدي) منه فالخلع صحيح لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض مالها ولكن عليه إثم الظلم

(أو فعله لزناها أو نشوزها أو تركها فرضا) كصلاة أو صوم (فالخلع صحيح) لقوله ﴿ إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ وقيس الباقي عليها

(ولا يفتقر الخلع إلى حاكم نصا) ورواه البخاري عن عمر وعثمان ولأنه إن قيل إنه عقد معاوضة كان كالبيع أو قيل إنه قطع عقد بالتراضي كان كالإقالة وكل منهما لا يفتقر إلى حاكم (ولا بأس به) أي الخلع (في الحيض) إذا كان بسؤالها لأنها رضيت بإدخال ضرر تطويل العدة على نفسها

(و) لا بأس به في (الطهر الذي أصابها فيه إذا كان بسؤالها) لما تقدم وكذا الطلاق بعوض

(وتقدم في) باب (الحيض

ويصح) الخلع (من كل زوج يصح طلاقه وأن يتوكل فيه مسلما كان أو ذميا) بالغا أو مميزا يعقله رشيدا أو سفيها حرا أو عبدا لأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه خلعه ولأنه إذا ملك الطلاق بغير عوض فبالعوض أولى

وظاهره أنه لا يصح من غير الزوج أو وكيله

وقال في الاختيارات والتحقيق أنه يصح ممن يصح طلاقه بالملك أو الوكالة أو الولاية كالحاكم في الشقاق وكذا لو فعله الحاكم في الإيلاء أو العنة أو الإعسار وغيرها من المواضع التي يملك الحاكم فيها الفرقة (ويقبض) الزوج (عوضه) إن كان مكلفا رشيدا (وإن) كان مكاتبا ومحجورا عليه لفلس لأهليته لقبضه (فإن كان) الزوج (محجورا عليه لغير ذلك كعبد) فإنه محجور عليه لحق سيده

---

(١) كشاف القناع، ٤٢٩/٣

." (١)

"اللائق بحقهما هو المتوسط

قال في المبدع الموسر من يقدر على النفقة بماله أو كسبه وعكسه المعسر

وقيل هو الذي لا شيء له

والمتوسط من يقدر على بعض النفقة بماله أو كسبه

قال ابن حمدان ومسكين لا زكاة له معسر ومن فوقه متوسط

وإلا فهو معسر

(وعليه نفقة البدوية من غالب قوت البادية بالناحية التي ينزلونها ويجب) للزوجة (ما تحتاج إليه من الدهن للسراج أول الليل أو غيره) أي كله بحسب عادة بلدهما (على اختلاف أنواعه في بلدانه) فيجب لها (السمن في موضع والزيت في آخر (والشحم في آخر) والشيرج في آخر) بحسب العرف و (لا) يجب دهن المصباح (لأهل الخيام والبادية) لعدم تعارفهم له (ولا يجب لها إزار للخروج وهو الملحفة ومثله الخف ونحوه) كالران

(لأنه لم يبن أمرها على الخروج) ولأنها ممنوعة من الخروج لحق الزوج فلا يجب عليه مؤنة ما هي ممنوعة منه لأجله (ولا بد من ماعون الدار) لأنه لا غنى لها عنه

(ويكتفي بخزف) وهو آنية الطين قبل أن يطبخ وهو الصلصال فإذا شوي فهو الفخار ذكره في الحاشية

(وخشب والعدل ما يليق بهما) أي الزوجين من الآنية (وحكم المكاتب والعبد) في النفقة (كالمعسر) لأنهما ليسا بأحسن حالا منه (ومن نصفه حر إن كان موسرا فكمتوسطين وإن كان معسرا فكمعسرين) والواجب عليه نصف نفقته ونصف نفقة زوجته وباقيهما على سيده

(ولا يجب في النفقة الحب) بل الكفاية من الخبز لأنه المتعارف وكنفقة العبيد

ولأن الحب يحتاج إلى كلفة ومؤنة

(فلو طلبت مكان الخبز حبا أو دراهم أو دقيقا أو غير ذلك) لم يلزمه بدله (أو) طلبت (مكان الكسوة دراهم أو غيرها) من العروض (لم يلزمه بذله) لأن ذلك معاوضه فلا يجبر عليها

(و) كذا (لا يلزمها قبوله بغير رضاها لو بذله) الزوج أي ما ذكر من بذل الخبز أو الكسوة لما مر

(وإن تراضيا) أي الزوجان (على ذلك) أي أخذ العوض (جاز) لأنه الحق لا يعدوهما

(بخلاف الطعام) في الكفارة فإنه حق لله تعالى

(وليس هو معاوضة حقيقة) لأن الشارع لم يعين الواجب بأكثر من الكفاية فبأي شيء حصلت كان هو الواجب وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف لأنه المتعارف فرجح بذلك

---

(١) كشاف القناع، ٢١٣/٥

(و) إذا تراضيا على العوض في النفقة أو الكسوة أو فيهما

ف (لكل منهما الرجوع عنه بعد التراضي في المستقبل) لعدم استقراره

(ولا يملك الحاكم فرض غير الواجب كدراهم مثلا) إلا باتفاقهما ولا يجبر من امتنع منهما

قال في الهدى وأما فرض الدراهم فلا أصل لها في كتاب

". (١)

"عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم وكان يقسم الغنائم بين أصحابه والحاجة داعية إلى ذلك ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على حسب اختياره ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي (وهي) أي القسمة (نوعان أحدهما قسمة تراض لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم وهي ما فيها ضرر أورد عوض من أحدهما) على الآخر (كالدور الصغار والحمام والطاحون الصغيرين والعضائد الملاصقة أي المتصلة صفا واحدا وهي) أي العضائد (الدكاكين اللطاف الضيقة) وقال في المبدع واحدتها عضادة وهي ما يصنع لجريان الماء فيه من السواقي ذوات الكتفين ومنه عضادتا الباب وهما جنباه من جنبيه (فإن طلب أحدهما) أي أحد الشريكين (قسمة بعضها في بعض) أي أن يجعل بعضها في مقابلة بعض (لم يجبر الآخر لأن كل واحد منهما منفرد ويقصد بالسكن ولكل واحد منها طريق مفرد) وكل عين منها تختص باسم وصورة ولو بيعت إحداهما لم تجب الشفعة لمالك التي تجاهها فيجري ذلك مجرى الدور المتجاورة فلا يمكن قسمة كل عين مفردة (وكذا الشجر المفرد والأرض التي ببعضها بئر أو بناء أو نحوه) أي ونحو ما ذكر فتعتبر كل عين منها على حدتها (و) حيث (لا يمكن قسمته بالأجزاء والتعديل) لا يقسم بغير رضا الشركاء كلهم (فإن قسموه أعيانا برضاهم بالقيمة جاز) لأن الحق لا يعدوهم (وحكمها) أي قسمة التراضي (كبيع) لأن صاحب الزائد بذل المال عوضا عما حصل له من حق شريكه وهذا هو البيع (قال المجد الذي تحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد) أي العوض الذي رد من أحدهما على الآخر (وإفراز في الباقي انتهى)

ويؤيده قول القاضي في التعليق وصاحب المبهج والموفق في الكافي البيع ما فيه رد عوض وإن لم يكن فيها رد عوض فهي إفراز النصيبين وتمييز الحصص وليست بيعا واختاره الشيخ تقي الدين (فلا يجوز فيها) أي قسمة التراضي (ما لا يجوز في البيع) لأنها نوع من أنواعه (ولا يجبر عليها الممتنع) منهما لحديث ابن عباس مرفوعا لا ضرر ولا ضرار رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني قال الثوري حديث حسن وله طريق يقوي بعضها بعضا ولأنه إتلاف وسفه يستحق به الحجر أشبه هدم البناء وعلم من قوله ولا يمكن قسمه بالأجزاء والتقدير أنه لو أمكن قسمه بالأجزاء مثل أن تكون البئر واسعة يمكن أن يجعل نصفها لواحد ونصفها للآخر ويجعل بينهما حاجز في أعلاها أو يكون البناء كبيرا يمكن أن يجعل لكل واحد منهما

---

(١) كشاف القناع، ٤٦٢/٥

(١) ".

"لأن ذلك طريق إلى التسوية بينهما فجاز قسم الأرض بالتعديل (وإن أراد أحدهما أن يسقى بنصيبه أرضا لا شرب) بكسر الشين وهو النصيب من الماء (لها من هذا الماء لم يمنع) لأن الحق له وهو ينصرف على حسب اختياره وكما لو لم يكن شريكا (وتقدم في باب إحياء الموات) ويجيء على أصلنا أن الماء لا يملك وينتفع به كل واحد منهما على قدر حاجته قال أبو الخطاب لأنه من المباحات ولا يملك بملك الأرض

فصل (النوع الثاني) من نوعي القسمة إجبار لأنه يلي النوع الأول وهو قسمة **التراضي** (وهي) أي قسمة الإجبار (ما لا ضرر فيها عليهما) أي الشريكين (ولا على أحدهما ولا رد عوض كأرض واسعة وقرية وبستان ودار كبيرة ودكان واسع ونحوها سواء كانت متساوية الأجزاء أو لا إذا أمكن قسمتها بتعديل السهام من غير شيء يجعل معها فإن لم يكن ذاك) أي تعديل السهام (إلا بجعل شيء معها فلا إجبار) لأنه معاوضة فلا يجبر عليها من امتنع منها كسائر المعاوضات (ولهما) أي الشريكين (قسم أرض بستان دون شجره وعكسه) بأن يقتسما الشجر دون الأرض (و) قسم (الجميع فإن قسما الجميع) أي الأرض والشجر (أو) قسما (الأرض) وحدها (فقسمة إجبار) حيث أمكنت قسمتها بالتعديل من غير رد عوض (ويدخل الشجر تبعا) للأرض كالبيع (وإن قسما) أي طلب أحدهما (الشجر وحده فلا إجبار) لمن امتنع منهما (ومن قسمة ال إجبار قسمة مكيل وموزون من جنس واحد كدهن) من زيت وشيرج وغيرهما

(ولبن ودبس وخل وتمر وعنب ونحوها) كسائر الحبوب والثمار المكيلة (وإذا طلب أحدهما القسمة فيها) أي في المذكورات في هذا النوع (وأبى) الشريك (الأخر أجبر) الممتنع (ولو كان وليا على صاحب الحصة) لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة وحصول النفع للشريكين لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ويتمكن من إحداث الغراس والبناء وذلك لا يمكن مع الاشتراك ويشترط للإجبار أيضا أن يثبت عند الحاكم أنه ملكهم ببينة لأن في الإجبار عليها حكما على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضا فإنه لا يحكم على أحدهما ويشترط أيضا أن يثبت عنده انتفاء الضرر وإمكان تعديل

---

(٢) ".

"كان) القاسم (كافرا أو فاسقا أو جاهلا بالقسمة لم تلزمه إلا بتراضيهم بها) كما لو اقتسموا بأنفسهم (ويعدل) القاسم (السهام بالأجزاء إن تساوت) كالمائعات والمكيلات من الحبوب والثمار إن لم تختلف وكالأرض المتساوية جودة أو رداءة (و) يعد السهام (بالقيمة إن اختلفت) فيجعل السهم الرديء أكثر منه من الجيد بحيث إذا قوما كانت قيمتهما سواء لأنه إذا تعذر التعديل بالأجزاء لم يبق إلا التعديل بالقيمة ضرورة أن قسمة الإجبار لا تخلو من أحدهما (

---

(١) كشاف القناع، ٣٧١/٦

(٢) كشاف القناع، ٣٧٥/٦

و) تعدل السهام (بالرد إن اقتضته) بأن لم يكن بعديل السهام بالأجزاء ولا بالقيمة فإنها تعدل بالرد بأن يجعل مع الرديء أو القليل دراهم ودنانير على من يأخذ الجيد أو الأكثر (فإذا تمت) القسمة بأن عدلت السهام بواحد مما سبق (وأخرجت القرعة لزمت القسمة) لأن القاسم كالحاكم وقرعته كالحاكم نص عليه لأنه مجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته (ولو كان فيها) أي القسمة (ضرر أو رد) عوض وسواء (تقاسموا بأنفسهم أو بقاسم لأنها كالحكم من الحاكم) فلا تنقض (ولا يعتبر رضاهم بعدها) أي بعد القرعة كما لا يعتبر رضاهم بعد حكم الحاكم وإن خير أحدهما صاحبه لزمت برضاهما وتفرقهما قال في الشرح ويحتمل أن لا تلزم فيما فيه رد بخروج القرعة حتى يرضيا بذلك لأن ما فيه رد بيع حقيقة لأن صاحب الرد بذل عوضا لما حصل له من حصة شريكه وهذا هو البيع والبيع لا يلزم بالقرعة انتهى

وقد تقدم في باب الخيار أن خيار المجلس يثبت في القسمة بمعنى البيع وهي قسمة التراضي (وتعديل السهام لا يخلو من أربعة أقسام أحدها أن تكون السهام متساوية وقيمة أجزاء المقسوم متساوية كأرض بين ستة لكل منهم سدسها فتعدل) الأرض (بالمساحة ستة أجزاء متساوية ثم يقرع) بين الشركاء (الثاني أن تكون السهام متفقة) بأن تكون الأرض بين ستة سوية (و) تكون (القيمة مختلفة) لاختلاف أجزاء الأرض جودة ورداءة (فتعدل الأرض بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية بالقيمة) لتعذر التعديل بالأجزاء ثم يقرع (الثالث أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة كأرض بين ثلاثة لأحدهم النصف وللثاني الثلث وللسادس السدس وأجزاؤها متساوية القيم فتجعل) الأرض (ستة أسهم) متساوية لأنها المخرج الجامع لتلك الكسور (الرابع إذا اختلفت السهام والقيمة) كأرض مختلفة القيم لثلاثة على ما تقدم (فتعدل السهام بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ثم يقرع وإن خير أحدهما الآخر من غير قرعة لزمت القسمة برضاهما وتفرقهما) من المجلس

". (١)

"السلوك في حصة الآخر فلا تعديل لأنه يكون في جميع الحقوق (وإن كان لها) أي الدار التي قسمت (ظلة (

قال في القاموس شيء كالصفة يستتر به من الحر والبرد (فوقعت) الظلة (في حصة أحدهما فهي) أي الظلة (له) أي لمن وقعت في حصته (بمطلق العقد) وإن لم يشترط ذلك لأن القسمة اقتضت ذلك وليست كالطريق (وولي المولى عليه) لصغر أو جنون أو سفه (في قسمة الإجبار بمنزلته) لقيامة مقامه (وكذا) هو بمنزلته أي (في قسمة التراضي إذا رآها مصلحة) كالبيع وأولى انتهى

باب الدعاوى والبينات الدعاوى (واحدها دعوى

وهي) لغة الطلب قال تعالى ﴿ ولهم ما يدعون ﴾

---

(١) كشاف القناع، ٣٧٩/٦

أي تمنون ويطلبون وقال صلى الله عليه وسلم ما بال دعوى الجاهلية

لأنهم كانوا يدعون بها عند الأمر الشديد بعضهم بعضا وهي قولهم يا لفلان

واصطلاحا (إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته) أي الغير من دين ونحوه (والمدعي من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه وإذا سكت) عن الطلب (ترك والمدعى عليه المطالب) بفتح اللام أي الذي يطالبه غيره بحق يذكر بذكر استحقاقه عليه (وإذا سكت) عن الجواب (لم يترك) بل يقال إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك كما سبق (وواحد البينات بينة) من بان الشيء فهو بين والأنثى بينة (وهي العلامة الواضحة كالشاهد فأكثر) والأصل في مسائل الباب حديث ابن عباس مرفوعا لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه

رواه أحمد ومسلم وحديث شاهداك أو يمينه

ونحوه (ولا تصح دعوى وإنكار إلا من جائز التصرف) لأن قول غيره غير معتبر (لكن تصح الدعوى على سفيه بما يؤخذ به حال سفهه وبعد فك حجره) كطلاق وقذف ونحوه لأن إقراره به معتبر لعدم التهمة (ويحلف إذا أنكر) فيما يحلف الرشيد في مثله مما يأتي تفصيله في باب اليمين في الدعاوى (وتقدم) في باب طريق الحكم وصفته

---

(١) ".

"ويَلْزم الإمامَ أخذُهُم بحكم الإسلام في النفسِ والمال والعرضِ، وإقامةِ الحدودِ عليهم فيما يعتقدون تَحْريمَه دون ما يعتقدون حِلَّه، ويلزمُهم التميُّزُ عن المسلمين، ولهم ركوبُ غير خيلٍ بغيرِ سُرُجٍ بإِكَافٍ، ولا يجوزُ تصديرُهم في المجالس، ولا القيامُ لهم، ولا بداءتُهم بالسلام، ويُمنعون من إحداثِ كنائسَ وبيعٍ وبناءٍ ما انْهدَم منها ولو ظُلْماً، ومن تَعْلِيَةِ بُنيانٍ على مسلم، لا مساواته له، ومن إظهار خَمْرٍ وخِنْزيرٍ وناقوسٍ وجَهْرٍ بكتابِهم، وإن تَهَوَّدَ نصرانيٌ أو عكسه لم يُقَرَّ، ولم يُقْبلْ منه إلا الإسلامُ أو دينُه.

فصل

وإن أَبى الذميُّ بَذْلَ الجزيةِ أو التزامَ أحكامِ الإسلامِ، أو تَعدَّى على مسلمٍ بقتلٍ أو زنا، أو قطعِ طريقٍ، أو تجسسٍ، أو إيواء جاسوسٍ، أو ذَكَرَ اللهَ أو رسولَه أو كتابَهُ بسوءٍ انتقضَ عهدُه دون نسائِه وأولادِه، وحَلَّ دمُه ومالُه.

كتاب البيع(١)

وهو مبادلةُ مالٍ ولو في الذمة، أو منفعة مباحة كممرّ دارٍ بمثل أحدهما على التَّأْبيد، غير رباً وقرضٍ.

وينعقدُ بإيجابٍ وقبولٍ بعدَه، وقبلَه ومتراخياً عنه في مجلسِهِ، فإن اشتغلا بما يَقْطعه بَطَل، وهي الصيغةُ القوليةُ، وبمعاطاةٍ وهي الفعلية.

ويُشترط **التراضي** منهما، فلا يصحُّ من مُكرهٍ بلا حقٍّ.

---

(١) كشاف القناع، ٦/٣٨٤

وأن يكون العاقدُ جائزَ التصرفِ، فلا يصحُّ تصرفُ صبيٍ وسفيهٍ بغير إذْنِ وَلِيّ.

---

(١) قال في الاختيارات: وكلُّ ما عدَّه الناسُ بيعاً أو هبةً من متعاقبٍ أو متراخٍ من قولٍ أو فعلٍ انعقد به البيعُ والهبةُ أهـ.

وكان شيخُنا سعدُ بنُ عَتِيْقٍ إذا قُرِئَ عليه كتابُ البيعِ يقول في كلامه: عليه حُكْمُ الحاكمِ يرفعُ الخِلاف.." (١)

"النُّشوزُ: مَعصيتُها إيَّاه فيما يجبُ عليها، فإذا ظهرَ منها أماراتُه بأن لا تجيبَ إلى الاستمتاعِ أو تجيبَ مُتبرِّمةً أو مُتكرِّهةً وعَظَها، فإن أصرَّتْ هَجَرها في المَضْجَعِ ما شاءَ(١)

---

(١) قوله: "فإن أصرَّتْ هَجرَها في المضجعِ ما شاءَ" إلى آخره، الأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿ وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا * وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء:٣٤- ٣٥].

قال ابنُ بَطَّالٍ: أجمعَ العلماءُ على أن المُخاطبَ بقول تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا ﴾ الحكامُ، وأن المرادَ بقوله: ﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا ﴾ الحكمانِ، وأن الحَكَمين يكونُ أحدُهما من جهةِ الرجلِ والآخرُ من جهةِ المرأةِ، إلا أن لا يوجدَ من أهلِهما من يُصلِح، فيجوزُ أن يكونا من الأجانبِ ممن يَصلُحُ لذلك، وأنهما إذا اختلفا لم يَنْفذْ قولُهما، وإن اتفقا نَفَذَ في الجَمْعِ بينهما من غير توكيلٍ، واختلفوا فيما إذا اتفقا على الفُرقةِ، فقال مالكٌ والأوزاعي وإسحاق: ينفُذُ بغير توكيلٍ ولا إذنٍ من الزوجين، قال الكوفيونَ والشافعيُّ وأحمدُ: يحتاجون إلى الإذْنِ، فأما مالكٌ ومن تابَعه فألحقَه بالعِنِّينِ والمولى، فإنَّ الحاكِمَ يُطلق عليهما، فكذلك هذا، وأيضاً فلما كان المُخاطَبُ بذلك الحكامُ وأن الإرسالَ إليهم دلَّ على أن يكون الجمعُ والتفريقُ إليهم، وجَرى الباقونَ على الأصلِ، وهو أن الطلاقَ بيدِ الزوجِ، فإن أَذِنَ في ذلك وإلا طَلَّق الحاكمُ، انتهى من فَتْح الباري على قولِ البخاري،"باب الشِّقاقِ وهل يُشير بالخلعِ=

=عند الضرورة؟" .

قال في الاختيارات: وهل للحَكَمينِ إذا قُلنا: هُما حَاكِمانِ لا وكيلانِ أن يُطلِّقا ثلاثاً أو يفسخا كما في المولى؟ قالوا: هناك لما قام مُقامَ الزوجِ في الطلاقِ مَلك ما يَملِكُه من واحدةٍ وثلاثٍ فيتَوجَّه هنا كذلك إذا قلنا هما حَاكِمان، وإن قلنا: وكيلان لم يَملِكا إلا ما وُكِّلا فيه، وأما الفسخُ هنا فلا يتوجَّهُ؛ لأنه ليس حاكماً أَصْلياً، وقال أيضاً: والتحقيقُ أن الخلعَ يصح ممن يصحُّ طلاقُه بالمِلْكِ أو الوَكالةِ أو الولايةِ، كالحاكمِ في الشِّقاقِ، وكذا لو فَعَلَهُ الحاكمُ في الإيلاءِ أو العِنَّةِ أو الإعْسارِ أو غيرِها من المواضعِ التي يَملِك فيها الحاكمُ الفُرقةَ ا.هـ.

وقال الشوكاني في الدُّررِ البهيَّة: ولابدَّ من التراضِي بين الزوجينِ على الخلعِ أو إلزامِ الحَكَمينِ مع الشِّقاقِ بينهما وهو فسخٌ ا.هـ.

---

(١) كلمات السداد، ص/١٣٠

وقال ابنُ عباسٍ رضي الله عنهما في النَّاشِزِ تَهْجُرُها في المَضْجَعِ، فإن قَبِلَتْ وإلا فقد أَذِنَ اللهُ لك أن تضربَها ضرباً غيَر مبرَّحٍ، ولا تكسِرُ لها عَظْماً، فإن قَبِلَتْ وإلا فقد حَلَّ لك منها الفِدْيةُ.

قال في الاختيارات: والخلعُ بعِوَضٍ فسخٌ بأيّ لفظٍ كان، ولو وقع بصريحِ الطلاقِ وليس من الطلاقِ الثلاثِ، وهذا هو المنقول عن عبد الله بن عباسٍ وأصحابِه.." (١)

"إذا كانَ فِيهَا رَدُّ عِوَضٍ ، أو ضَرَرٌ يُنْقِصُ القِيمةَ فهيَ بيْعٌ، يَجِبُ **التَّراضِي**، وإلاَّ فَهي إجبَارٌ، يُجبَرُ المُمتَنِعُ، وهي إفرازُ حَقٍّ، ولَهُمَا القَسْمُ بأنفسِهِمَا، وَبِمَنْ يَنْصِبَانِهِ، أو يَطْلُبانِهِ مِنَ الحَاكِمِ، ويكُونُ عَدلاً عَارفاً بهَا، وَيُعَدِّلُ السِّهامَ، ثُمَّ يُقْرِعُ، فَمَنْ خَرَجَ سَهمُهُ أَخَذَهُ، وتَلزَمُ مِنَ الحَاكِمِ مُطلقاً، والإِجبَارُ بالقُرعَةِ، وَيَكفِي قَاسِمٌ، حَيثُ لا تَقْوِيْمَ، وإلاَّ قاسِمان .

كتابُ الشهاداتِ

تَحَمُّلُ الشَّهَادةِ وَأداؤُهَا فَرضُ كِفَايةٍ، وَفرضُ عَينٍ إن تَعَيَّنَ، وإنَّمَا تُقْبَلُ مِنْ مُسْلمٍ، مُتكلِّمٍ، مُكلّفٍ، مُختارٍ، عَدْلٍ لَمْ يُبَاشِرْ كَبِيرَةً، ولاَ لاَزَمَ صَغِيرَةً، ذِي مُرُوءَةٍ، غَيرَ جَارٍّ لِنَفْسِهِ نَفعَاً، أو دَافِعٍ عَنهَا ضَرَراً، لا عَدُوٍّ عَلَى عَدُوِّهِ، ولاَ أَصْلٍ وَفرعٍ، وَسَيِّدٍ وَعَبدٍ لِلمَشهُودِ لَه، وغَيرِ مَعرُوفٍ بِكثرَةِ غَلَطٍ وَنِسيَانٍ، ويُردُّ العبدُ فِي حَدٍّ وقَصَاصٍ، ولاَ يُسْمَعُ جَرْحٌ وتَعدِيلٌ وتَرجَمةٌ إلاَّ مِنْ عَدْلينِ، ويُقَدَّمُ الجَرحُ،ويُقبلُ عَلَى فِعلِ نَفْسِهِ، وَمِنَ الأَصَمِّ عَلى مَرْئِيٍّ ومَسمُوعٍ قبلَ صَمَمِهِ، ومِنَ الأعْمَى فِي مَسمُوعٍ إن تَيَقَّنَ الصَّوتَ ، ومُسْتَفِيضٍ وَمَرْئِيٍّ قَبلَ العَمَى إن عَرَفَه بِمَا مَيَّزَهُ، ومِنَ المُستَخفِي، الزِّنا: بأَرْبَعَةٍ، والمَالُ وما يُقصَدُ بِهِ برجلينِ، ورَجُلٍ وامرأتين، ورجلٍ وَيَمينٍ، وما يُطَّلَعُ عليهِ برجلين، وَمَا لاَ يراهُ الرِّجالُ غَالِباً بامْرَأةٍ، وإنَّما يَشْهَدُ بعلمِهِ برؤيةٍ في الأَفعالِ أو سماعٍ مِنَ المَشْهُودِ عليهِ، أو باسْتِفَاضَةٍ، فِيمَا يَتَعَذَّرُ عِلمُهُ غَالِبَاً إلاَّ بهَا، كالنَّسَبِ ونحوهِ، إلاَّ فِي حَدٍّ وَقِصَاصٍ، وَمَنْ تابَ قُبِلَتْ منهُ حينئذٍ.." (٢)

"بأكثر وهو غاية لكون ضابط الاحتكار ما ذكر يعني أن الاحتكار هو الإمساك للذكور وإن لم يكن وقت الشراء قاصدا ذلك

(قوله لا ليمسكه لنفسه أو عياله) محترز ليبيعه

(وقوله أو ليبيعه بثمن مثله) محترز قوله بأكثر

(وقوله ولا إمساك غلة أرضه) محترز قوله ما اشتراه

(تنبيه) قال في المغني يحرم التسعير ولو في وقت الغلاء بأن يأمر الوالي السوقة أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا للتضييق على الناس في أموالهم

وقضية كلامهم أن ذلك لا يختص بالأطعمة وهو كذلك

فلو سعر الإمام عزر مخالفه بأن باع بأزيد مما سعر لما فيه من مجاهرة الإمام بالمخالفة وصح البيع

---

(١) كلمات السداد، ص/٢١٨

(٢) متن التسهيل، ص/٩٤

اه

(قوله كل ما يعين عليه) أي على القوت أي مما يتأدم به أو يسد مسد القوت في بعض الأحيان والأول كاللحم والثاني كالفواكه

(قوله وصرح القاضي بالكراهة) أي كراهة الاحتكار

(وقوله في الثوب) أي ونحوه من كل ما يلبس

(قوله وسوم على سوم) أي وحرم سوم إلخ لخبر الصحيحين لا يسوم الرجل على سوم أخيه وهو خبر بمعنى النهي

والمعنى فيه الإيذاء وذكر الرجل والأخ ليس للتقييد بل الأول لأنه الغالب الثاني للرقة والعطف عليه وسرعة امتثاله فغيرهما مثلهما

وفي البجيرمي ومحل الحرمة إن كان السوم الأول جائزا وإلا كسوم نحو عنب من عاصر الخمر فلا يحرم السوم على سومه بل قال العلامة البكري يستحب الشراء بعده

اه

(قوله بعد تقرر ثمن) متعلق بحرم المقدر أي وإنما يحرم السوم بعد تقرر الثمن

(وقوله **بالتراضي** به) أي صريحا وهو تصوير للتقرر أي أن تقرر الثمن يكون **بالتراضي** عليه صريحا

الشوبري ولا بد أيضا بعد **التراضي** به من المواعدة على إيقاع العقد به وقت كذا فلو اتفقا عليه ثم افترقا من غير مواعدة لم يحرم السوم حينئذ

كما نقله الإمام عن الأصحاب

اه

وخرج بالتقرير المذكور ما يطاف به على من يزيد فيه فلا يحرم فيه ذلك

وفي ع ش ما نصه وقع السؤال في الدرس عما يقع كثيرا بأسواق مصر من أن مريد البيع يدفع متاعه للدلال فيطوف به ثم يرجع إليه ويقول له استقر سعر متاعك على كذا فيأذن له في البيع بذلك القدر هل يحرم على غيره شراؤه بذلك السعر أو بأزيد أم لا فيه نظر

والجواب عنه بأن الظاهر الثاني لأنه لم يتحقق قصد الضرر حيث لم يعين المشتري بل لا يبعد عدم التحريم وإن عينه لأن مثل ذلك ليس تصريحا بالموافقة على البيع لعدم المخاطبة من البائع والواسطة للمشتري

اه

(قوله وإن فحش إلخ) أي يحرم السوم وإن فحش إلخ

(وقوله للنهي عنه) أي في الخبر المتقدم

(قوله وهو) أي السوم على السوم

(وقوله أن يزيد) أي السائم

(وقوله على آخر) أي على سوم آخر

(وقوله في ثمن ما يريد شراءه) أي في ثمن المتاع الذي يريد الآخر شراءه واستقر ثمنه

(قوله أو يخرج له أرخص) أي أو يخرج للمشتري متاعا أرخص من المتاع الذي سامه

ومعنى كونه سائما في هذه على سوم غيره أنه عرض بضاعته للسوم الواقع لسلعة غيره

(قوله أو يرغب المالك إلخ) فيه أن هذه الصورة عين الصورة الأولى إذ إعطاء الزيادة في الثمن للمالك يرغب المالك في استرداده

إلا أن يقال إن هذه الصورة مفروضة بعد العقد وتلك قبله

وعبارة التحفة في تصوير السوم على السوم بأن يقول لمن أخذ شيئا ليشتريه بكذا رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو بأقل منه أو مثله بأقل أو يقول لمالكه استرده لأشتريه منك بأكثر أو يعرض على مريد الشراء أو غيره بحضرته مثل سلعة بأنقص أو أجود منها بمثل الثمن

اه

وهي ظاهرة

(قوله وتحريمه) أي السوم على السوم بعد البيع أي العقد (وقوله أشد) أي من تحريمه قبل البيع وبعد التراضي لأن الإيذاء هنا أكثر وذلك بأن يبيع على بيع الغير بأن يرغب المشتري في الفسخ ليبيعه خيرا منه بمثل ثمنه أو مثله بأقل

أو يشتري على شرائه بأن يرغب البائع في الفسخ ليشتريه منه بأكثر

ومن ذلك أن يبيع مشتريا مثل المبيع بأرخص أو يعرض عليه مثل السلعة ليشتريها أو يطلبها منه بزيادة ربح والبائع حاضر

اه

فتح الجواد

وصريح ما ذكر أن البيع على البيع والشراء على الشراء مندرجان في السوم على السوم وأنه ليس مخصوصا بما كان قبل العقد وهو خلاف مفاد عبارة المنهاج والمنهج من أنهما قسمان مستقلان وأن السوم على السوم

". (١)

"إستدراك على التفصيل في الضياع أي أن التفصيل المذكور محله في غير الحيوان أما هو فمتى ما حصل اختلال فيه تصرف فيه مطلقا ولو لم يؤد اختلاله إلى تلفه

(وقوله لحرمة الروح) أي حفظا لحرمة الروح وهو علة البيع

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٣/٢٥

(وقوله ولأنه) أي الحيوان وهو معطوف على العلة قبله

(وقوله يباع) أي يبيعه الحاكم عليه

ومحله إن تعين البيع وإلا بأن أمكن تدارك الضياع بالإجارة اكتفي بها ويقتصر على أقل زمن يحتاج إليه كما مر

(وقوله على مالكه) أي قهرا عن مالكه أو نيابة عنه فعلى بمعنى عن وهي متعلقة بمحذوف

(قوله بحضرته) متعلق بيباع أي يباع بحضرة مالكه

(وقوله إذا لم ينفق عليه) أي إذا لم ينفق المالك على الحيوان

(قوله ولو نهى الخ) معطوف على العلة قبله أيضا فهو علة لبيع الحيوان

أي ولأنه لو نهى المالك عن التصرف فيه امتنع التصرف فيه إلا في الحيوان فلا يمتنع حفظا للروح

(قوله يحبس الحاكم) أي أو نائبه

(وقوله الآبق) أي الرقيق الهارب من سيده وهو مفعول يحبس

(قوله إذا وجده) أي وجد الحاكم الآبق

(قوله انتظارا لسيده) حال على تأويله بإسم الفاعل أي يحبسه حال كونه منتظرا لسيده

أو مفعول مطلق لفعل محذوف أي وينتظر سيده انتظارا

(قوله فإن أبطأ سيده) أي تراخى في طلب عبده

(قوله باعه الحاكم) أي أو يؤجره إن أمن عليه

(قوله فإذا جاء سيده فليس له غير الثمن) أي وليس له فسخ البيع لأن ما صدر من الإمام كان نيابة شرعية عنه

تتمة في القسمة وهي تمييز بعض الأنصباء من بعض

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى ﴿ وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه ﴾

فكان يجب إعطاء المذكورين شيئا من التركات في صدر الإسلام ثم نسخ الوجوب وبقي الندب وأخبار كخبر الصحيحين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم الغنائم بين أربابها

والحاجة داعية إليها ليتمكن كل واحد من الشريكين أو الشركاء من التصرف في نصيبه استقلالا ويتخلص من سوء المشاركة واختلاف الأيدي

وأركانها ثلاثة قاسم ومقسوم ومقسوم له ويشترط في القاسم المنصوب من جهة الإمام أهلية الشهادات وعلمه بالقسمة وكونه عفيفا عن الطمع حتى لا يرتشي ولا يخون فإن لم يكن منصوبا من جهة الإمام بل تراضى عليه الشريكان أو الشركاء ولم يحكموه في القسمة لم يشترط فيه إلا التكليف فإن حكموه إشترط فيه ما اشترط في منصوب الإمام

واعلم أن القسمة على ثلاثة أنواع أحدها القسمة بالنظر للأجزاء المتساوية كقسمة المثليات من حبوب وغيرها فتجزأ الأنصباء كيلا في مكيل ووزنا في موزون وتسمى هذه القسمة قسمة المتشابهات لأن الأجزاء فيها متشابهة قيمة وصورة وقسمة الإفراز لكونها أفرزت لكل من الشركاء نصيبه

ثانيها القسمة بالتعديل أي التقويم بأن تعدل السهام بالقيمة كقسمة أرض تختلف قيمة أجزائها بقوة إنبات أو قرب ماء أو بسبب ما فيها

كبستان بعضه نخل وبعضه عنب وتكون الأرض بينهما نصفين ويساوي قيمة ثلث الأرض مثلا قيمة ثلثيها

وثالثا القسمة بالرد وهي التي يحتاج فيها الرد أحد الشريكين للآخر مالا أجنبيا كأن يكون في أحد جانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر مثلا لا يمكن قسمته فيرد من يأخذه بالقسمة قسط قيمة البئر أو الشجر

فلو كانت قيمة كل من البئر أو الشجر مثلا ألفا رد الأخذ لذلك الجانب الذي فيه البئر أو الشجر خمسمائة لأنها نصف الألف

والنوع الأول من أنواع القسمة الثلاثة إقرار للحق أي يتبين به أن ما خرج لكل هو الذي ملكه لا يبيع والنوعان الآخران بيع لكن لا يفتقر للفظ نحو بيع أو تمليك وقبول بل يقوم الرضا مقامهما

ويشترط للقسمة الواقعة **بالتراضي** في الأنواع الثلاثة رضا بها بعد خروج القرعة إن حكموا بالقرعة كأن يقولوا رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة بخلاف القسمة بالإجبار وهو لا يكون إلا في قسمة الإفراز والتعديل دون الرد فلا يدخلها إجبار فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها

فإن لم يحكموا بالقرعة كأن اتفقوا على أن يأخذ أحدهم هذا القسم والآخر ذاك القسم وهكذا بتراضيهم كما يقع كثيرا فلا حاجة إلى رضا آخر والله سبحانه تعالى أعلم

---

(١) ".

&" باب القسمة &

وهي نوعان قسمة إجبار وهي ما يمكن قسمته من غير ضرر ولا رد عوض إذا طلب أحد الشريكين قسمة فأبى الآخر أجبره الحاكم عليه إذا ثبت عنده ملكهما ببينة فإن أقر به لم يجبر الممتنع عليه وإن طلباها في هذه الحال قسمت بينهما وأثبت في القضية أن قسمة كان عن إقرار لا عن بينة

والثاني قسمة **التراضي** وهي قسمة ما فيه ضرر بأن لا ينتفع أحدهما بنصيبه فيما هو له او لا يمكن تعديله إلا برد عوض من أحدهما فلا إجبار فيها والقسمة إفراز حق لا يستحق بها شفعة ولا يثبت فيها خيار وتجوز في المكيل وزنا في الموزون كيلا وفي الثمار خرصا وتجوز قسمة الوقف إذا لم يكن فيها رد عوض فإن كان بعضه طلقا وبعضه وقفا وفيها عوض من صاحب الطلق لم يجز وإن كان من رب الوقف جاز وإذا عدلت الأجزاء أقرع عليها فمن خرج سهمه على شيء صار له ولزم بذلك ويجب أن يكون قاسم الحاكم عدلا وكذلك كاتبه

---

(١) إعانة الطالبين- دار الفكر، ٢٤٦/٤

"." (١)

"=كتاب البيع =

وهو مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة كممر دار بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا وقرض وينعقد بإيجاب وقبول بعده وقبله متراخيا عنه في مجلسه فإن إشتغلا بما يقطعه بطل وهي الصيغة القولية وبمعاطاة وهي الفعلية ويشترط **التراضي** منهما فلا يصح من مكره بلا حق وأن يكون العاقد جائز التصرف فلا يصح تصرف صبي وسفيه بغير إذن ولي وأن تكون العين مباحة النفع من غير حاجة كالبغل والحمار ودود القز وبزره والفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد إلا الكلب والحشرات والمصحف والميتة

"." (٢)

"و (يُشْتَرَطُ) **التراضي** منهما ، فلا يَصِحُّ من مُكْرَهٍ بلا حَقٍّ، وأن يكونَ العاقِدُ جائزَ التَّصَرُّفِ ، فلا يَصِحُّ تَصَرُّفُ صَبِيٍّ وسَفيهٍ بغيرِ إِذْنِ وَلِيٍّ، وأن تكونَ العينُ مُباحةَ النفْعِ من غيرِ حاجةٍ كالبَغْلِ والْحِمارِ، ودُودِ الْقَزِّ وبِزْرِه ، والفيلِ وسِباعِ البهائمِ التي تَصْلُحُ للصيْدِ، إلا الكلبَ والحشراتِ والمصْحَفَ والْمَيْتَةَ والسِّرْجِينَ النَّجِسَ والأَدْهَانَ النَّجِسَةَ، لا الْمُتَنَجِّسَةَ، ويَجوزُ الاستصباحُ بها في غيرِ مَسْجِدٍ، وأن يكونَ من مالِكٍ أو مَن يَقومُ مَقامَه، فإن باعَ مِلْكَ غيرِه أو اشْتَرَى بعينِ مالِه بلا إِذْنٍ لم يَصِحَّ ، وإن اشْتَرَى له في ذِمَّتِه بلا إِذْنِه ولم يُسَمِّه في الْعَقْدِ صَحَّ له بالإجازةِ ولَزِمَ الْمُشْتَرَى بعَدَمِها مِلْكًا، ولا يُباعُ غيرُ الْمَساكِنِ مِمَّا فُتِحَ عَنوةً كأَرْضِ ال شامِ ومِصرَ والعراقِ ، بل تُؤَجَّرُ، ولا يَصِحُّ بيعُ نَقْعِ البئرِ، ولا ما يَنْبُتُ في أرضِه من كَلَأٍ وشَوْكٍ، ويَمْلِكُه آخِذُه، وأن يكونَ مَقدورًا على تَسليمِه ، فلا يَصِحُّ بيعُ آبِقٍ وشارِدٍ وطيرٍ في هواءٍ وسَمَكٍ في ماءٍ ، ولا مَغصوبٍ من غيرِ غاصِبِه أو قادرٍ على أَخْذِه، وأن يكونَ مَعلومًا برؤيةٍ أو صِفةٍ، فإن اشْتَرَى ما لم يَرَه أو رآه وجَهِلَه ، أو وُصِفَ بما لا يَكْفِي سَلَمًا لم يَصِحَّ، ولا يُباعُ حَمْلٌ في بطْنٍ ، ولَبَنٌ في ضَرْعٍ مُنفرِدَيْنِ ، ولا مِسْكٌ في فَأْرَتِه ولا نَوَى في تَمْرٍ ، وصوفٌ على ظَهْرٍ ، وفُجْلٌ ونحوُه قبلَ قَلْعِه.." (٣)

"**التراضي**

الشرط الأول: **التراضي** منهما؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (إنما البيع عن تراض) أي: لا يكون إلا عن تراضي، ويخرج بهذا المغصوب، فلو أخذت منه سلعة بدون اختيار منه فإن البيع باطل؛ وذلك لأنه لم يسمح بها، ولم يرض بذلك الثمن، إما لأنه بحاجة إلى سلعته كسيارته مثلا أو بيته أو ثوبه، وإما أن الثمن الذي بذل له قليل، فلذلك

---

(١) عمدة الفقه، ص/١٦٢

(٢) زاد المستقنع، ص/١٠٢

(٣) زاد المستقنع في اختصار المقنع-مشكول، ص/٦١

اشترط التراضي، قال الله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [النساء:٢٩] أي: عن رضا من الطرفين.

وكذلك -أيضا- لو أكره المشتري على الشراء، فإن البيع باطل.." (١)

"وجوب الوفاء بالسلم في موضع العقد

قال المؤلف رحمه الله تعالى: [ويجب الوفاء موضع العقد إن لم يشرط في غيره، ولا يصح بيع مسلم فيه قبل قبضه، ولا الحوالة به ولا عليه، ولا أخذ رهن وكفيل به، ولا أخذ غيره عنه.

فصل: وكل ما صح بيعه صح قرضه إلا بني آدم، ويجب رد مثل فلوس ومكيل وموزون، فإن فقد فقيمته يوم فقده، وقيمة غيرها يوم قبضه، ويحرم كل شرط يجر نفعا، وإن وفاه أجود أو أهدى إليه هدية بعد وفاء بلا شرط فلا بأس].

شروط السلم السبعة زائدة على شروط البيع، فالشروط السبعة التي في أول باب البيع لابد منها هنا، فلابد من التراضي بينهما، ولابد أن يكون العاقدان جائزي التصرف، وأن يكون المبيع مالا، وأن يكون مقدورا على تسليمه، وأن يكون الثمن معلوما، وأن يكون المبيع معلوما إلى آخر ما تقدم.

وذكر هنا أنه يجب الوفاء موضع العقد إن لم يشترط في غيره، وذلك لأنهما عندما تعاقدا كان الأصل أنه يسلم المبيع في الموضع الذي تعاقدا عليه، صورة ذلك: إذا تعاقدا -مثلا- في الرياض، والمزارع في القصيم أو في الأفلاج أو في الأحساء، وجاء صاحب الزرع أو صاحب الثمر واشتريت منه في ذمته مائة صاع أو مائة كيلو تحل بعد نصف سنة، ودفعت إليه الثمن، فإذا حل الوفاء فعليه أن يأتي به على بعيره أو على سيارته ليحضره لك في موضع العقد، أي في البلد الذي تعاقدا فيه؛ لأن العادة أن المبيع يسلم في مكان التبايع، هكذا ذكروا أنه يسلم في مكان التعاقد، ويجوز شرطه في غيره، فلو قال البائع: بشرط أن ترسل إلي في الأحساء من يستلم التمر جاز ذلك، أو قال صاحب الأفلاج أو الخرج: أنا لا أنقله، فأرسل من يستلمه في البلد الذي أنا فيه؛ فنقله صعب علي فإن المشتري يرسل من يستلمه، أما لو تعاقدا مثلا في صحراء برية أو تعاقدا في لجة بحر فلابد أن يحددا موضع التسليم؛ لأن مكان العقد ليس محلا للوفاء مثل لجة البحر، فيحددان أين يكون التسليم في البلاد الفلانية، سواء أكانت بلد المشتري أم بلد البائع.." (٢)

"لا شفعة إلا في أرض تجب قسمتها

الشرط الثالث: كونها أرضا تجب قسمتها.

وهذا فيه خلاف، فقسمة الأرض تنقسم إلى قسمين: قسمة إجبار، وقسمة تراض.

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ٧/٢٥

(٢) شرح أخصر المختصرات، ٢/٣٣

فقسمة الإجبار: إذا كانت الأرض واسعة، وإذا قسمت لم يتضرر أحدهما، كأرض مساحتها مائة متر، فإذا قسمت أمكن صاحب الخمسين مترا أن يزرع فيها وأن يحفر وأن يبني وأن يغرس، فلا ضرر عليه بالقسمة، وهذا إذا طلب القسمة ألزم الثاني بأن يقسم معه.

أما ما لا يقسم إلا بضرر، فيسمى قسمة تراض، فإذا كان بينهما -مثلا- دكان عرضه متران، وطوله ثلاثة أمتار، وطلب أحدهما أن يقسم نصفين، فإن شريكه يقول: علي ضرر، لأنه لا يبقى إلا نحو متر وربما ينقصه الجدار فماذا يفيد؟! أنا لا أتمكن من الانتفاع به؛ فهذا لا يقسم إلا بتراض، فإن تراضيا فلهما ذلك، فأما إذا لم يتراضيا فلا.

فهل تقع شفعة في هذا الدكان إذا باع أحدهما نصفه؟ الصحيح أن فيه شفعة ولو لم تجب القسمة؛ وذلك لأن الضرر فيه أشد.

وكذلك البيت إذا كان عرضه ستة أمتار وطوله سبعة أمتار أو ثمانية، وهو مشترك بين اثنين، وطلب أحدهما نصيبه قسمة، فلا يقسم إلا **بالتراضي**؛ لأنه إذا قسم فسد ولم ينتفع به، والصحيح أنه إذا باع أحدهما نصيبه ثبتت الشفعة.

قوله: (ويدخل غراس وبناء تبعا)، فإذا بيع البستان وهو بين اثنين نصفين، فباع أحدهما نصفه، وفيه غراس وبناء فإنه يدخل تبعا، وذلك لأنه معلوم أنه للاستقرار وللدوام، والإنسان إذا بنى دارا فالعادة أنها ليست مؤقتة؛ يقول: هذه داري طول حياتي، ومن اشتراها فإنه يقول: أسكن فيها طول الحياة فليست مؤقتة.

وكذلك إذا غرس فيها شجرا كنخل أو ليمون أو رمان، فالعادة أيضا أنه يبقى، وليس مثل الذي يموت بسرعة كبطيخ ونحوه.

فإذا شفع الشافع انتزعهما من المشتري وأعطاه ثمنه، وذلك إذا باع شريكه نصف الأرض بما فيها من البيوت وبما فيها من الأشجار.

قوله: (لا ثمرة وزرع) يعني: إذا باعها وفيها ثمر فالعادة -كما تقدم- أنه للبائع، وكذلك الزرع لبائع إلى الحصاد والجذاذ إلا إذا اشترطه المشتري، وقد تقدم هذا في الأصول والثمار.." (١)

"نكاح الشغار

الأول: نكاح الشغار، صورته: أن يقول لك: أزوج ابنك ابنتي، بشرط: أن تزوج ابني ابنتك، أو زوجني بنتك، بشرط: أن أزوجك ابنتي، أو لا أزوج ابنك إلا إذا زوجت ابني، فهذا هو نكاح الشغار.

واختلف في سبب تسميته، فقيل: كلمة (الشغار) مشتقة من الشغر الذي هو الفراغ، يقال: شغر البيت، يعني: خلي ولم يكن فيه ساكن، ومحل شاغر، ومركز شاغر، أي: خال، فقيل: إنه سمي من الفراغ؛ لأنهم كانوا في الجاهلية يخلونه من المهر، فيقول أحدهم: زوجني بنتك وأزوجك ابنتي، ولا صداق، وتكون هذه عوض هذه، يعني: بضع هذه هو مهر الثانية، وبضع هذه هو مهر الأولى، فلا يكون بينهما شيء من المهر، هذا تفسير للشغار.

وروي في حديث ابن عمر أنه فسر الشغار: أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، ولا صداق بينهما.

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ١٠/٤٣

ورجح بعض المحققين أن تفسيره من كلام ابن عمر ، وقيل: إنه من كلام نافع ، فعلى هذا هل يكون حجة؟ وهل يستدل به على أن الشغار هو الذي لا يكون فيه مهر؟ ذهب إلى ذلك بعض العلماء كالأحناف، فقالوا: الشغار صحيح، ولكن يفرض لكل منهما، فإذا تم العقد فإننا نقول: يا هذا! أعط زوجتك مهرا، وأنت أيضا أعط زوجتك مهرا، أي: مهر أمثالها، ويبقى النكاح على حاله صحيحا.

والقول الثاني: أنه باطل ولو سمي لها صداقا، ولو أعطيت صداقا بعد العقد أو قبله، وقالوا: إنه ورد في الحديث تفسيره أن يقول: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي، زوجني أختك بشرط أن أزوجك أختي، أو نحو ذلك، ويكون العلة فيه هو الاشتراط: لا أزوجك إلا إذا زوجتني، أو لا أزوج ابنك إلا بشرط أن تزوج ابني، فيكون هذا مفسدا له؛ لأنه لابد غالبا أن يحصل إكراه لإحدى الزوجتين، فإنه قد يكره ابنته لمصلحته، ويلجؤها على أن توافق؛ لأن له مصلحة بأنه سوف يتزوج، فيقول: يا ابنتي! اقبلي حتى يزوجوني، أو حتى يزوجوا ابني، فيكرهها، فيكون فيه غالبا إكراه إحدى الزوجتين، أو إكراه كلتيهما، والإكراه لا يجوز، وقد تقدم أنه لا يجوز تزويج البكر إلا بإذنها، ولا الثيب إلا بأمرها، كما في الحديث: (والبكر يستأذنها أبوها) ، فإذا كان هناك عدم رضا فلن تصلح الحال، ولن تستقيم الأمور، فلذلك حرم هذا النكاح، كما يقع في كثير من القرى ومن البوادي، يقع عندهم هذا، ثم تحصل مفسدة، وهو أن أحدهما إذا نشزت امرأته وذهبت إلى أهلها، وابنته صالحة مع زوجها، جاء إلى ابنته وأخذها قهرا، وقال: انشزي يا بنتي! كما نشزت ابنتهم، أو آخذ ابنتي قهرا ولو كانت موافقة لزوجها، ولو كان بينهما أولاد، ولو كانت تحبه ويحبها، فيصر على أن يأخذها قهرا، ويكون في ذلك مفسدة.

هذه هي العلة في تحريم الشغار.

أما إذا لم يكن هناك شرط، وكان هناك رضا من الطرفين، ودفع لكل واحدة منهما ما تستحقه، ففي هذه الحال يظهر أنه لا بأس به، فإذا قال: أهلا وسهلا، أنا سوف أزوجك أو أزوج ابنك، وابنتي موافقة، فأعطها مهرها الذي تستحق، فقال: مهرها كذا وكذا، وعندي أيضا ابنة إذا تريدها فإنها توافق عليك أو على ابنك، ولم يكرهها، ولا ألزمها، فهي راضية، ولكن لابد أن تدفع لها مهرها، وكل واحد منهم يقول: أنا سوف أزوجك سواء زوجتني أم لا، وإذا زوجتني فإني سوف أعطي ابنتك حقها، فمثل هذا لا بأس إذا حصل **التراضي**.." (١)

"الخلاف في الخلع هل يعد فسخا أو طلاقا

وهل يعتبر الخلع فسخا للنكاح أو يعتبر طلاقا؟ إذا كان بلفظ الخلع أو بلفظ الفسخ، أو بلفظ المفاداة اعتبر فسخا، وإذا كان بلفظ الطلاق أو نيته أو كنايته اعتبر طلاقا، طلقة بائنة، وإذا قلت: ما النتيجة في ذلك؟ نقول: إذا قال: خالعتها بألف، أو فسخت نكاحها بعشرة آلاف، أو يقول لها: افتدي نفسك بعشرة آلاف فدفعتها، ففي هذه الحال يكون فسخا، ومعنى كونه فسخا: أنه لا ينقص به عدد الطلقات، فمثلا: لو خالعها في سنة إحدى وعشرين بلفظ المفاداة، ثم تزوجها بعد ذلك **بالتراضي**؛ ثم خالعها في سنة اثنتين وعشرين، فبذلت له مالا وخالعها، ثم تزوجها بعد

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ٤/٦٠

ذلك بشهر أو شهرين ودفع لها مهرا، ثم خالعها في سنة ثلاث وعشرين فبذلت له مالا وخالعها ورضيت بذلك، ثم تراضوا بعد ذلك، فقد خالعها ثلاث مرات، فهل تكون هذه الثلاث ثلاث طلقات؟

A لا تكون، بل يحل له أن ينكحها بعقد جديد، فالخلع بلفظ الخلع، أو بلفظ الفداء يعتبر فسخا، هذه من النتائج، كذلك من النتائج أيضا أن في الفسخ ليس عليها عدة، وإنما عليها أن تتربص حيضة واحدة إذا كانت تحيض، ثم تتزوج إذا شاءت، أو تتربص شهر إذا كانت لا تحيض، هذا معنى كونه بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة، أي: أنه فسخ لا ينقص به عدد الطلاق.

فأما إذا قال: طلقتك بألف فقالت: خذه، فإنه يعتبر طلاقا بلفظ الطلاق، أو: أعطيني ألفا وأطلقك، فقالت: أعطيتك، أو قال: طلقت، أو كان بنية الطلاق كما إذا كان ناويا طلاقها وطلب منها فدية وقع الطلاق، وتكون طلقة واحدة، أو كناية الطلاق فإذا قال -مثلا-: أنت خلية، أو برية، أو أنت حرة، أو أنت الحرج، أو اخرجي وذوقي وتجرعي، وحبلك على الغارب، اذهبي كيف شئت، فهذه تعتبر كنايات الطلاق، فإذا قال ذلك وقعت طلقة.

وهل تكون رجعية أو بائنة؟ ذكروا أنها طلقة بائنة، ومعنى كونها بائنة عدم تمكنه من الرجعة؛ لأنها اشترت نفسها، فلا ترضى أنه يعيدها، وهي ما دفعت له هذا المال إلا للتخلص، فليس له رجعة عليها، فتعتبر طلقة واحدة بائنة، فإذا قال: اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي طلقت طلقة واحدة ولكنها بائنة.." (١)

"أنواع القسمة

القسمة نوعان: قسمة التراضي وقسمة الإجبار، فقسمة التراضي تكون في الشيء الذي لا ينقسم إلا بضرر أو برد عوض كحمام ودور صغار، فهذه تقسم قسمة التراضي، فإذا كان بينهما دار صغيرة مساحتها مثلا ثمانية أمتار طولا وسبعة أمتار عرضا، وهي مشتركة بين اثنين، وقالا: نريد أن نقتسمها، فيقول القاضي: إذا اقتسمتم يكون لك يا هذا أربعة في سبعة ماذا تنتفع بها؟ تكون ضيقة ولا تنتفع بها، وإذا قال: أنا راض اقسموا لي، هل ترضى أنت أيها الآخر أن يكون هذا قسمك؟ إذا أردت أن تبيع، هل أحد يشتري منك هذه الدار التي عرضها ثلاثة أذرع؟ إذا أردت أن تؤجر هل أحد يستأجرها وهي بهذه المسافة؟ فقسمها يفسدها ويتضرر أهلها، لكن لو رضي كل من الطرفين، فإن القاضي يقسمه، فيأتي بواحد يقسم بينهما فيبني حاجزا بينهما فيقول: لك يا هذا كذا، ولك يا هذا كذا، هل رضيتما؟ قالا: رضينا.

وقوله: (الحمام) هو المكان الذي يغتسل فيه تحت الأرض قديما، كانوا في البلاد الباردة كالشام ومصر والعراق وبعض البلاد يحفرون حماما نحو خمسة أمتار في الأرض، ويجعلون دورين، الدور الأسفل يكون فيه الماء، وينزل فيه الذي يريد الاستحمام يعني: الاغتسال والنظافة، وقد يكون الحمام صغيرا عرضه مثلا أربعة أذرع وطوله خمسة أذرع، وإذا قسم فإنه يختل، ولا ينتفع بنصفه، فلا يقسم إلا إذا تراضوا، وقد يكون هذا الحمام، أو هذه الدور، أو هذا الدكان بين ثلاثة أو أربعة، فالدكان الذي عرضه متران، وطوله أربعة أمتار، وهو مشترك بين اثنين يطلبان القسمة، فلا يقسمه إلا إذا

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ٤/٦٣

تراضيا، فيشترط رضا كل الشركاء، فإنه كبيع ومعناه: أن لكل منهما الخيار كأنه يقول: بعتك نصيبي في هذا القسم، والثاني يقول: بعتك نصيبي في هذا القسم، فإذا رجع أحدهما في مجلس الخيار فله ذلك؛ لأن حكمها كالبيع.." (١)

"دعوة الشريك للبيع أو الإجارة

يقول: (ومن دعا شريكه فيها، أو في شركة نحو عبد وسيف وفرس إلى بيع أو إجارة أجبر): إذا قال: أنا شريك لك في هذا الدكان الذي عرضه متران، ولكن أنا أريد البيع، إما أن تبيعني أو أبيعك وإلا بعنا نصيبنا جميعا، فإنه يجبر، إذا قال: أنا شريك في هذا الدكان، أنا شريك في هذا العبد، أو في هذه الفرس، أو في هذا السيف، فالعبد لا يمكن قسمه، والسيف لا يمكن قسمه، والفرس لا يمكن قسمها، وإنما هذه الأشياء تباع، فإذا طلب أحدهما البيع فإن له ذلك، والقاضي أو الأمير يجبر من امتنع؛ لأن الآخر متضرر بالشركة حيث يقول: إنه ينتفع بها وأنا لا أنتفع، أو إنها معطلة، أو إنها مؤجرة بأجرة زهيدة أو نحو ذلك، فأنا أريد بيع نصيبي، أو أريد تأجير نصيبي بأجرة أكثر من ذلك.

فالحاكم يجبر بقية الشركاء على بيع أو إجارة، وإذا أبى أحدهما وقال: أنا لا أبيع نصيبي في هذا العبد، ولا في هذا الجمل، ولا في هذا الدكان، أجبره الحاكم أو القاضي أن يبيعه أو يؤجره، ويقسم الثمن أو يقسم الأجرة بينهما، يقول له: إما أن تبيع نصيبك مع نصيب صاحبك، أو تشتري نصيب صاحبك فإذا لم توافق فإننا سنبيعه، فإذا قال: بع نصف شريكي، قد يقول: نصف شريكك إذا كان مترا فلن نجد أحدا يشتريه، وكذلك إذا كان نصيبه نصف هذا السيف، فمن الذي يشتري نصف السيف؟ ماذا يريد بنصف السيف أو نصف الفرس؟ فيجبره على أن يبيع أو يجبره على أن يؤجر، أو يبيعه الحاكم ويقسم الثمن عليهما، ويلزمهما بذلك، أو يؤجره ويقسم الأجرة بينهما، هذا ما يتعلق بقسمة التراضي.

النوع الثاني: قسمة الإجبار: وهي ما لا ضرر فيه ولا رد عوض كمكيل وموزون من جنس واحد ودور كبار، فيجبر على القسمة، فإذا قال: اشتريت وفلان كيسا من البر، والآن أريد نصيبي، والأول يقول: أنا لا أقسمه، ولكني سوف أبيعه، فإنه يجبر من امتنع فيقسم الكيس بالصاع أو بالكيلو ويعطى كل واحد منهما نصيبه ليتصرف فيه، وكذلك لو كان كيس تمر مثلا، أو شيئا يوزن كحديد، أو قطن، أو صوف، ففي هذه الأحوال كلها يجبر من امتنع؛ لأنه ليس ببيع وإنما يسمى إفرازا.

وهكذا لو كان بينهما أرض واسعة مساحتها مثلا مائة متر في مائة وطلب أحدهما القسمة فيجبر من امتنع منها، ولو كانوا ثلاثة وقال أحدهم: إنا إذا قسمناها نقصت قيمتها، ف

A أصحابك طلبوا قسمتهم، يريدون أن يعمروا، وأنت إذا أخذت نصيبك، فإن شئت فبع، وإن شئت فأجر، وإن شئت فاعمر، فيجبره الحاكم، ويقسمها بينهم، ويعطي كل واحد نصيبه، هذا إذا كان ليس فيها ضرر ولا رد عوض.

فإن كان فيها رد عوض فلا بد من التراضي كما تقدم في قسمة التراضي، وصورة ذلك: إذا كان بيت طوله عشرون مترا وعرضه عشرون مترا –أي: أنه نحو أربعمائة متر– وهو بين اثنين، ولكن يختلف القسم الجنوبي عن القسم الشمالي، فالقسم الشمالي على طريق واسع، وعلى مكان معروف، وقريب من المرافق ومن الخدمات، وأما القسم الجنوبي فليس

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ٣/٨٥

على مرفق، وليس حوله ولا أمامه إلا طريق ضيق، ففي هذه الحال إذا قسمناه نصفين فكل واحد منهما يقول: أنا أريد القسم الشمالي، ففي هذه الحال نقول: من كان له القسم الشمالي يدفع للآخر عشرة آلاف ريال، هذا فيه رد عوض، فهل هذه قسمة إجبار أو قسمة تراض؟ قسمة تراض؛ لأن فيها رد عوض، فليس كل منهم يرضى بهذه القسمة فيقول: قنعت.

أما إذا كانت الأرض في صحراء، وليس حولها بناء، وهي أرض واسعة قدرها مائتا متر في مائتين، وهذه عندها مرافق وخدمات وهذه كذلك، وهي بين أربعة مثلا، ففي هذه الحال إذا طلبوا القسمة جاز ذلك، وأجبروا على ذلك، وليس فيها رد عوض، فإذا قسمناها على أربعة فكل واحد له مائة في مائة، فهذه قسمة إجبار لا ضرر فيها ولا رد عوض.

والشيء الذي يكال كالأكياس أو يوزن كالحديد والقطن، ويكون من جنس واحد ليس بينه تفاوت يعني: هذا بر كله، وهذا رز كله، والدور الكبار، والأراضي الواسعة، فالقسمة فيها قسمة إجبار، يجبر الشريك أو يجبر وليه إذا كانت الشراكة لولي يتيم، أو لولي مجنون، على القسمة ويقسم الحاكم على غائب، فإذا كان أحدهم غائبا وطلب الشركاء الحاضرون أو طلب أولياؤهم القسمة، يقسم الحاكم عليهم.

وهذه القسمة تسمى إفرازا وليست كالأولى، فالأولى بيع وهذه إفراز، وليس فيها خيار، ولكن إذا اتفقت الرغبات فإنهم يقرعون بينهم، وكل يأخذ ما يصيبه بالقرعة.." (١)

"الصيغة الأولى : الصيغة القولية : وهي صيغة الإيجاب والقبول ، ويشترط أن يكون الإيجاب متقدما على القبول ، إلا أن يكون القبول فعل أمر أو فعلا ماضيا مجردا عن الاستفهام ونحو ذلك ، ويشترط ألا يكون هناك فاصل عرفا بينهما ، ويشترط أن يقع القبول في نفس المجلس الذي وقع فيه الإيجاب ، ويشترط أن يكون القبول موافقا للإيجاب .

الصيغة الثانية : صيغة المعاطاة ، وهي الصيغة الفعلية ، ويثبت بها البيع لدلالتها على الرضا .

قوله [ويشترط التراضي منهما]

سيذكر المؤلف شروط البيع وهي سبعة شروط لا يصح البيع إلا بها .

الشرط الأول : التراضي منهما .

قال تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ، وفي سنن ابن ماجة بإسناد صحيح أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال :(إنما البيع عن تراض) (١) [جه ٢١٨٥] ، فلا يصح البيع إلا بالتراضي بين الطرفين ، ولذا قال المؤلف :

قوله [فلا يصح من مكره بلا حق]

---

(١) شرح أخصر المختصرات، ٨٥/٤

بيع المكره لا يصح لعدم الرضا ، فإذا انتفى الرضا فلا بيع صحيح ، وهو مذهب الجمهور ، وهناك قول آخر بأنه يحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الإكراه ، وهو مذهب الأحناف بناء على أنه تصرف فضولي ، ففي المسألة قولان ، وقيد المؤلف ذلك بقوله (إلا بحق) فإن أكره بحق فإن البيع صحيح ، كأن يكره السلطان أحدا على بيع شيء من ماله لوفاء دينه ، فهذا الإكراه غير مؤثر في العقد ، فالعقد صحيح .

---

(١) – وهو في سنن أبي داود (٣٤٥٨) بلفظ :(لا يفترق اثنان إلا عن تراض) ، وفي سنن الترمذي (١٢٤٨) بلفظ :(لا يتفرقن عن بيع إلا عن تراض)." (١)

"قوله [وفي صبرة وما ينقل بنقله]

الصبرة : هي الكومة من الطعام ، وقبضها يكون بنقلها لأنها لم تبع كيلا بل بيعت جزافا ، وقبضها في العرف بنقلها ، وكما تقدم في الحديث المتفق عليه من حديث ابن عمر وفيه الأمر بنقلها .

قوله [وما يتناول بتناوله]

أي ما يعطي باليد فقبضه يكون بإعطائه باليد ، وهذا هو القبض عرفا فيه .

قوله [وغيره بتخليته]

فالأرض والدار والمركوبات ونحو ذلك قبضها يكون بتخليتها من غير مانع ، فإذا خلى بينه وبينها وليس ثمت حائل فهذا هو قبضها عرفا ، وعلى هذا فالقاعدة أن القبض هو ما يثبت أنه قبض في العرف .

قوله [والإقالة فسخ]

الإقالة : هي أن يأذن البائع بإرجاع السلعة إليه بثمنها ، أي بعد لزوم العقد ، فالإقالة فسخ ، وهي سنة مستحبة ، وفي سنن أبي داود :(من أقال مسلما بيعة أقال الله عز وجل عثرته) [د ٣٤٦٠ ، جه ٢١٩٩] ، وهي فسخ وليس بيعا ، أي إزالة ورفع ، وهذه حقيقتها ، وعليه فتجوز قبل قبض المبيع ، وهذه هي مناسبة ذكر الإقالة هنا ، وعن الإمام أحمد وهو مذهب مالك أن الإقالة بيع ، لأنها نقل الملك بعوض على جهة **التراضي** ، والراجح الأول ، وهي فسخ للعقد من حين الفسخ ، وهو المذهب واختاره شيخ الإسلام ، وعليه فيكون النماء للمشتري .

قوله [تجوز قبل قبض المبيع بمثل الثمن]

فإذا قلنا إن المشتري ليس له أن يبيع السلعة حتى يقبضها ، وقلنا إن الإقالة ليست بيعا ، فإنها جائزة قبل أن يقبض السلعة .

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٧/١٣

وظاهر كلام المؤلف أن البيع إلى البائع قبل القبض غير جائز ، ولذا ذكر الفسخ ، فلو أن رجلا اشترى سلعة من آخر ، وقبل أن يقبضها هذا المشتري رغبت نفس البائع فيها ، وقال اشتريها منك بأكثر ، فهل يجوز هذا ؟." (١)

"فإن خالف الشرط فلها حق الفسخ، وحق الخيار في الفسخ ثابت لها على **التراضي** ما لم يدل دليل على رضاها بالزوج بعد مخالفته للشرط، فإن دل دليل قولي كأن تقول رضيت بذلك أو فعلي بأن تمكنه من نفسها بأن يطأها مع علمها بمخالفته للشرط فحينئذ لا حق لها في الفسخ لرضاها به، ويقبل قولها بيمينها إذا نفت علمها بمخالفته للشرط، فإذا نفت العلم فقالت: أنا مكنته من نفسي وأنا لا أعلم بمخالفته للشرط فيقبل قولها لأن هذا مختص بها وهو أمر خفي، هذا هو القسم الأول من الشرط في النكاح وهو شرط صحيح لازم وهو ما لا يخالف شرع الله، لكن لو شرط عليها ألا تنكح بعده أو شرطت عليه ألا ينكح بعدها فهذا شرط باطل ولا مصلحة لأحدهما فيه لأنه يكون بعد الفراق أو بعد الموت، واختار شيخ الإسلام أن المرأة إذا شرطت على زوجها شرطا وقالت أنا أحق بنفسي إن خالفت ويكون الطلاق بيدها، فهذا شرط صحيح ولها أن تطلق نفسها لأن هذا يكون من باب التوكيل وسيأتي الكلام على توكيل الزوجة في الطلاق.

وهل يجب الوفاء بالشرط إذا كان بعد العقد ؟

إذا قال بعد العقد لكي علي ألا أنكح فإن نكحت فلكي حق الفسخ، فهل يعتبر هذا الشرط أم لا ؟

المشهور في المذهب أنه لا يلزم وذلك لفوات محله فإن محله في صلب العقد.

وقال ابن رجب يتوجه صحة الشرط، وما قاله قوي لوجوب الوفاء بالعقود ووجوب الوفاء بالعهود فهذا عهد فيجب عليه الوفاء به، فالأظهر وجوب الوفاء به لأن الله أمر بالوفاء بالعهد، وهذا عهد فيجب عليه أن يوفي به.

قال: [وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ففعلا ولا مهر بطل النكاحان]." (٢)

"هذه العيوب في المشهور من المذهب، وقاعدة ابن القيم –كما تقدم – أعم من ذلك وهي أصح لكن ليست على إطلاقها بل يستثنى من ذلك ما إذا كان يمكنه الإطلاع على عيبها ومع ذلك فرط بعدم السؤال وعدم الرؤية مع تمكنه من ذلك وعدم استخبار أهلها، فإذا كان منه تفريط فلا يثبت لها الخيار لأنه هو الذي فرط . وأما إن كان العيب لا يحصل بسؤاله كأن يكون عيبا داخليا في المرأة في فرج ونحوه فإنه يثبت له الخيار، ودليل ثبوت الفسخ هو القياس على البيع، بل هذا الحكم أولى في النكاح منه في البيع، وذلك لأن شروط النكاح أوثق وكذلك حق الفسخ منه أولى، وخيار الفسخ على **التراضي** ما لم يدل دليل على الرضا،وفي المسألة السابقة وهي ما إذا عتقت الأمة تحت عبد، فإن لها حق الفسخ على **التراضي**– كما تقدم – فإن فعلت ما يدل على الرضا كأن تمكنه من وطئها جاهلة بحق الفسخ أو جاهلة بالعتق، ومثله ما يكون في هذا الباب من جهل المرأة بحق الفسخ، فالمشهور في مذهب الحنابلة أن المرأة إذا

---

(١) شرح الزاد للحمد، ١١٨/١٣

(٢) شرح الزاد للحمد، ٦٢/٢٠

مكنت زوجها من نفسها وكان لها حق الفسخ وهي جاهلة فإن حق الفسخ يسقط، واستدلوا بما روى أبو داود في سننه أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما عتقت بريرة خيرها وقال: (إن كان قد قربك فلا خيار لك).

والقول الثاني: وهو مذهب الشافعية وقول إسحاق وهو رواية عن الإمام أحمد واختاره الشيخ عبد الرحمن بن سعدي أن الخيار يثبت لها، وذلك كسائر الحقوق التي لا تسقط إلا بما يدل على الرضا، وهي جاهلة معذورة، وسائر الحقوق لا تسقط إلا بما يدل على الرضا وهذا هو الراجح، وأما حديث أبي داود فإسناده ضعيف، لكن إن مكنته من نفسها مع علمها ومعرفتها بحق الفسخ فالنكاح ثابت ماض وليس لها حق الفسخ بعد ذلك، ففي موطأ مالك بإسناد صحيح أن ابن عمر قال " إن الأمة إذا مسها فلا خيار لها "، وذلك إذا مسها بعد علمها بحق الفسخ ثم مكنت نفسها منه فليس لها ال فسخ بعد ذلك لأن هذا دليل رضاها .." (١)

"" الرحى

(والطاحون) هو ما يسمى عندنا في السابق بـ " وله دار خاصة به ، فإذا كانت هذه الدار صغيرة والرحى كذلك فلا تمكن القسمة إلا برضا الشريكين ، لأنه إما أن يكون هناك ضرر أو رد عوض .

قال :]والأرض التى لا تتعدل بأجزاء ولا قيمة ، كبناء أو بئر في بعضها [.

كأن تكون الأرض مساحتها خمسمائة متر وفيها شئ من الحجارة من الجبال الثابتة أو فيها بعض البناء أو فيها بئر ، ولا يمكن ان تتعدد بالأجزاء وكان لكل واحد منهما النصف ، فلو أعطينا كل واحد مائتين وخمسين مترا لكن في قسم أحدهما بئر والآخر ليس في قسمته بئر ، وفي قسمة أحدهما جبل والآخر ليس فيه ذلك ، فليست قسمة عادلة فلا يمكننا أن نعدل بينهما بالأجزاء .

–وهل يمكننا أن نعدل بينهما بالقسمة ؟ بأن نقول لأحدهما خذ مائتى متر ليس فيها جبل ، ونقول للآخر خذ ثلاثمائة متر فيها هذه القطعة من الجبل ، ووجدنا أن المائتين متر هنا تساوي ا لثلاثمائه متر هناك فهذه قسمة عادلة .

لكن إذا لم يمكننا القسمة لا بالأجزاء ولا بالقسمة فلا تكون القسمة مقبولة بغير الرضا ، بل لا بد من رضاهما .

قال :]فهذه القسمة في حكم البيع ولا يجبر من امتنع من قسمتها [.

لأنها في حكم البيع ويشترط في البيع التراضي

ولقوله صلى الله عليه وسلم – حيث كان ضررا – : " لا ضرر ولا ضرار "

فإن قال أحدهما : ما دامت الأرض لا يمكننا أن نقسهما بيننا ، ولا يرضى أحدنا بالنصيب الأقل ، فأطلب أن تباع الأرض وآخذ نصيبي من القسمة ، فهل يلزم الآخر بذلك أم لا ؟

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٧٥/٢٠

الجواب : أن الآخر يلزم بذلك ، لدفع ضرر الشراكة فإن أبى أن يبيع فإن الحاكم يجبره .

قال :]وأما مالا ضرر ولا رد عوض في قسمته [.
هذه قسمة الإجبار – فلا يشترط الرضا فيها لأنه لا ضرر ولا رد عوض في قسمته .

قال :]كالقرية والبستان[.
فلو كانت هناك قرية بين اثنين فاقتسماها فهذا صحيح
قال :]والدار الكبيرة [.."(١)

"الصيغة الأولى : الصيغة القولية : وهي صيغة الإيجاب والقبول ، ويشترط أن يكون الإيجاب متقدما على القبول ، إلا أن يكون القبول فعل أمر أو فعلا ماضيا مجردا عن الاستفهام ونحو ذلك ، ويشترط ألا يكون هناك فاصل عرفا بينهما ، ويشترط أن يقع القبول في نفس المجلس الذي وقع فيه الإيجاب ، ويشترط أن يكون القبول موافقا للإيجاب .

الصيغة الثانية : صيغة المعاطاة ، وهي الصيغة الفعلية ، ويثبت بها البيع لدلالتها على الرضا .

قوله [ويشترط **التراضي** منهما]
سيذكر المؤلف شروط البيع وهي سبعة شروط لا يصح البيع إلا بها .
الشرط الأول : **التراضي** منهما .
قال تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ، وفي سنن ابن ماجة بإسناد صحيح أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال :(إنما البيع عن تراض) (١) [جه ٢١٨٥] ، فلا يصح البيع إلا **بالتراضي** بين الطرفين ، ولذا قال المؤلف :

قوله [فلا يصح من مكره بلا حق]
بيع المكره لا يصح لعدم الرضا ، فإذا انتفى الرضا فلا بيع صحيح ، وهو مذهب الجمهور ، وهناك قول آخر بأنه يحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الإكراه ، وهو مذهب الأحناف بناء على أنه تصرف فضولي ، ففي المسألة قولان ، وقيد المؤلف ذلك بقوله (إلا بحق) فإن أكره بحق فإن البيع صحيح ، كأن يكره السلطان أحدا على بيع شيء من ماله لوفاء دينه ، فهذا الإكراه غير مؤثر في العقد ، فالعقد صحيح .

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٣٦/٣٠

(١) – وهو في سنن أبي داود (٣٤٥٨) بلفظ :(لا يفترقن اثنان إلا عن تراض) ، وفي سنن الترمذي (١٢٤٨) بلفظ :(لا يتفرقن عن بيع إلا عن تراض)." (١)

"قوله [وفي صبرة وما ينقل بنقله]

الصبرة : هي الكومة من الطعام ، وقبضها يكون بنقلها لأنها لم تبع كيلا بل بيعت جزافا ، وقبضها في العرف بنقلها ، وكما تقدم في الحديث المتفق عليه من حديث ابن عمر وفيه الأمر بنقلها .

قوله [وما يتناول بتناوله]

أي ما يعطي باليد فقبضه يكون بإعطائه باليد ، وهذا هو القبض عرفا فيه .

قوله [وغيره بتخليته]

فالأرض والدار والمركوبات ونحو ذلك قبضها يكون بتخليتها من غير مانع ، فإذا خلى بينه وبينها وليس ثمت حائل فهذا هو قبضها عرفا ، وعلى هذا فالقاعدة أن القبض هو ما يثبت أنه قبض في العرف .

قوله [والإقالة فسخ]

الإقالة : هي أن يأذن البائع بإرجاع السلعة إليه بثمنها ، أي بعد لزوم العقد ، فالإقالة فسخ ، وهي سنة مستحبة ، وفي سنن أبي داود :(من أقال مسلما بيعة أقال الله عز وجل عثرته) [د ٣٤٦٠ ، جه ٢١٩٩] ، وهي فسخ وليس بيعا ، أي إزالة ورفع ، وهذه حقيقتها ، وعليه فتجوز قبل قبض المبيع ، وهذه هي مناسبة ذكر الإقالة هنا ، وعن الإمام أحمد وهو مذهب مالك أن الإقالة بيع ، لأنها نقل الملك بعوض على جهة **التراضي** ، والراجح الأول ، وهي فسخ للعقد من حين الفسخ ، وهو المذهب واختاره شيخ الإسلام ، وعليه فيكون النماء للمشتري .

قوله [تجوز قبل قبض المبيع بمثل الثمن]

فإذا قلنا إن المشتري ليس له أن يبيع السلعة حتى يقبضها ، وقلنا إن الإقالة ليست بيعا ، فإنها جائزة قبل أن يقبض السلعة .

وظاهر كلام المؤلف أن البيع إلى البائع قبل القبض غير جائز ، ولذا ذكر الفسخ ، فلو أن رجلا اشترى سلعة من آخر ، وقبل أن يقبضها هذا المشتري رغبت نفس البائع فيها ، وقال اشتريها منك بأكثر ، فهل يجوز هذا ؟." (٢)

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٧/٤٥

(٢) شرح الزاد للحمد، ١١٨/٤٥

"فإن خالف الشرط فلها حق الفسخ، وحق الخيار في الفسخ ثابت لها على التراضي ما لم يدل دليل على رضاها بالزوج بعد مخالفته للشرط، فإن دل دليل قولي كأن تقول رضيت بذلك أو فعلي بأن تمكنه من نفسها بأن يطأها مع علمها بمخالفته للشرط فحينئذ لا حق لها في الفسخ لرضاها به، ويقبل قولها بيمينها إذا نفت علمها بمخالفته للشرط، فإذا نفت العلم فقالت: أنا مكنته من نفسي وأنا لا أعلم بمخالفته للشرط فيقبل قولها لأن هذا مختص بها وهو أمر خفي، هذا هو القسم الأول من الشرط في النكاح وهو شرط صحيح لازم وهو ما لا يخالف شرع الله، لكن لو شرط عليها ألا تنكح بعده أو شرطت عليه ألا ينكح بعدها فهذا شرط باطل ولا مصلحة لأحدهما فيه لأنه يكون بعد الفراق أو بعد الموت، واختار شيخ الإسلام أن المرأة إذا شرطت على زوجها شرطا وقالت أنا أحق بنفسي إن خالفت ويكون الطلاق بيدها، فهذا شرط صحيح ولها أن تطلق نفسها لأن هذا يكون من باب التوكيل وسيأتي الكلام على توكيل الزوجة في الطلاق.

وهل يجب الوفاء بالشرط إذا كان بعد العقد ؟

إذا قال بعد العقد لكي علي ألا أنكح فإن نكحت فلكي حق الفسخ، فهل يعتبر هذا الشرط أم لا ؟

المشهور في المذهب أنه لا يلزم وذلك لفوات محله فإن محله في صلب العقد.

وقال ابن رجب يتوجه صحة الشرط، وما قاله قوي لوجوب الوفاء بالعقود ووجوب الوفاء بالعهود فهذا عهد فيجب عليه الوفاء به، فالأظهر وجوب الوفاء به لأن الله أمر بالوفاء بالعهد، وهذا عهد فيجب عليه أن يوفي به.

قال: [وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ففعلا ولا مهر بطل النكاحان]." (١)

"هذه العيوب في المشهور من المذهب، وقاعدة ابن القيم –كما تقدم – أعم من ذلك وهي أصح لكن ليست على إطلاقها بل يستثنى من ذلك ما إذا كان يمكنه الإطلاع على عيبها ومع ذلك فرط بعدم السؤال وعدم الرؤية مع تمكنه من ذلك وعدم استخبار أهلها، فإذا كان منه تفريط فلا يثبت لها الخيار لأنه هو الذي فرط . وأما إن كان العيب لا يحصل بسؤاله كأن يكون عيبا داخليا في المرأة في فرج ونحوه فإنه يثبت له الخيار، ودليل ثبوت الفسخ هو القياس على البيع، بل هذا الحكم أولى في النكاح منه في البيع، وذلك لأن شروط النكاح أوثق وكذلك حق الفسخ منه أولى، وخيار الفسخ على التراضي ما لم يدل دليل على الرضا،وفي المسألة السابقة وهي ما إذا عتقت الأمة تحت عبد، فإن لها حق الفسخ على التراضي– كما تقدم – فإن فعلت ما يدل على الرضا كأن تمكنه من وطئها جاهلة بحق الفسخ أو جاهلة بالعتق، ومثله ما يكون في هذا الباب من جهل المرأة بحق الفسخ، فالمشهور في مذهب الحنابلة أن المرأة إذا مكنت زوجها من نفسها وكان لها حق الفسخ وهي جاهلة فإن حق الفسخ يسقط، واستدلوا بما روى أبو داود في سننه أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما عتقت بريرة خيرها وقال: (إن كان قد قربك فلا خيار لك).

والقول الثاني: وهو مذهب الشافعية وقول إسحاق وهو رواية عن الإمام أحمد واختاره الشيخ عبد الرحمن بن سعدي أن الخيار يثبت لها، وذلك كسائر الحقوق التي لا تسقط إلا بما يدل على الرضا، وهي جاهلة معذورة، وسائر الحقوق لا

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٦٢/٥٢

تسقط إلا بما يدل على الرضا وهذا هو الراجح، وأما حديث أبي داود فإسناده ضعيف، لكن إن مكنته من نفسها مع علمها ومعرفتها بحق الفسخ فالنكاح ثابت ماض وليس لها حق الفسخ بعد ذلك، ففي موطأ مالك بإسناد صحيح أن ابن عمر قال " إن الأمة إذا مسها فلا خيار لها "، وذلك إذا مسها بعد علمها بحق الفسخ ثم مكنت نفسها منه فليس لها ال فسخ بعد ذلك لأن هذا دليل رضاها .." (١)

"" الرحى

(والطاحون) هو ما يسمى عندنا في السابق بـ " وله دار خاصة به ، فإذا كانت هذه الدار صغيرة والرحى كذلك فلا تمكن القسمة إلا برضا الشريكين ، لأنه إما أن يكون هناك ضرر أو رد عوض .

قال :]والأرض التي لا تتعدل بأجزاء ولا قيمة ، كبناء أو بئر في بعضها [.

كأن تكون الأرض مساحتها خمسمائة متر وفيها شئ من الحجارة من الجبال الثابتة أو فيها بعض البناء أو فيها بئر ، ولا يمكن ان تتعدد بالأجزاء وكان لكل واحد منهما النصف ، فلو أعطينا كل واحد مائتين وخمسين مترا لكن في قسم أحدهما بئر والآخر ليس في قسمته بئر ، وفي قسمة أحدهما جبل والآخر ليس فيه ذلك ، فليست قسمة عادلة فلا يمكننا أن نعدل بينهما بالأجزاء .

-وهل يمكننا أن نعدل بينهما بالقسمة ؟ بأن نقول لأحدهما خذ مائتى متر ليس فيها جبل ، ونقول للآخر خذ ثلاثمائة متر فيها هذه القطعة من الجبل ، ووجدنا أن المائتين متر هنا تساوي ا لثلاثمائه متر هناك فهذه قسمة عادلة .

لكن إذا لم يمكننا القسمة لا بالأجزاء ولا بالقسمة فلا تكون القسمة مقبولة بغير الرضا ، بل لا بد من رضاهما .

قال :]فهذه القسمة في حكم البيع ولا يجبر من امتنع من قسمتها [.

لأنها في حكم البيع ويشترط في البيع التراضي

ولقوله صلى الله عليه وسلم - حيث كان ضررا - : " لا ضرر ولا ضرار "

فإن قال أحدهما : ما دامت الأرض لا يمكننا أن نقسمها بيننا ، ولا يرضى أحدنا بالنصيب الأقل ، فأطلب أن تباع الأرض وآخذ نصيبي من القسمة ، فهل يلزم الآخر بذلك أم لا ؟

الجواب : أن الآخر يلزم بذلك ، لدفع ضرر الشراكة فإن أبى أن يبيع فإن الحاكم يجبره .

قال :]وأما مالا ضرر ولا رد عوض في قسمته [.

هذه قسمة الإجبار – فلا يشترط الرضا فيها لأنه لا ضرر ولا رد عوض في قسمته .

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٧٥/٥٢

قال :]كالقرية والبستان[.

فلو كانت هناك قرية بين اثنين فاقتسماها فهذا صحيح

قال :]والدار الكبيرة [.."(١)

" بعد قبض ثمنه ، لاستحقاق قبضه ، والله أعلم .

قال : وليس كذلك الإقالة ، لأنها فسخ ، وعن أبي عبد الله رحمه الله : الإقالة بيع .

ش : أي ليست الإقالة كالتولية والشركة ونحوهما ، لما علل به من أنها فسخ ، والممنوع منه إنما هو البيع وما في معناه ، (والرواية الثانية) الإقالة بيع ، أي في معناه ، فتلحق بالتولية والشركة ونحوهما ، وقد فهم من كلام الخرقي وتعليله إناطة الحكم بالبيع وما في معناه ، وإذا ظاهره مخالف لما تقدم من قول القاضي وغيره .

(تنبيه) : المشهور من الروايتين وهو اختيار جمهور الأصحاب ، القاضي ، وعامة أصحابه ، وأبي الحسين ، وأبي محمد ، وحكاه عن أبي بكر الذي قدمه الخرقي ، لأن الإقالة هي الرفع والإزالة ، يقال : أقالك الله عثرتك . أي أزالها .

١٩١٥ قال : (من أقال نادما أقاله الله عثرته) رواه أبو داود ، والرفع والإزالة غير البيع ، إذ هو عقد ، وهي رفع له فهما ضدان ، ومن ثم لا يحصل أحدهما بلفظ الآخر ، وجازت الإقالة في المسلم فيه ، مع الاتفاق على أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه ، (والثانية) وهي اختيار أبي بكر في التنبيه ، وعللها بأنها إزالة ملك إلى مالك ، ويريد فيه بعوض على وجه التراضي ، وإذا هي في معنى البيع ، فتلحق به .

وللخلاف فوائد ، (منها) أن على الأول يجوز قبل القبض فيما يعتبر له القبض ، ولا يحتاج إلى كيل ثان ، وحكى أبو محمد عن أبي بكر أنه لا بد فيها من كيل ثان إقامة للفسخ مقام البيع ، والذي في التنبيه إيجاب الكيل على القول بأنها بيع ، لا على القول بأنها فسخ ، (ولا تجوز) إلا بمثل الثمن ، (ولا تستحق) بها شفعة ، (ولا يحنث) بفعلها فيما إذا حلف لا يبيع فأقال ، (ويكون النماء) للبائع ، قاله القاضي في الجامع الصغير ، وعلى الثانية تنعكس هذه الأحكام إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين ، أما وجوب الاستبراء على البائع إذا عادت إليه بإقالة فالذي قطع به أبو بكر في التنبيه وجوبه على القول بأن الإقالة بيع ، وكذلك الشيرازي قطع بالوجوب وقاله وبنى المسألة على أن الإقالة بيع ، ومقتضى كلاميهما عدم الوجوب إن لم يقل إنها بيع ، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن القاسم وابن بختان وجوب الاستبر اء مطلقا ، ولو قبل القبض ، وهو مختار القاضي وجماعة من أصحابه ، إناطة بالملك ، واحتياطا للأبضاع ، ونص في رواية أخرى أن الإقالة إن كانت بعد القبض والتصرف وجب الاستبراء ، وإلا لم يجب ، وكذلك حكى الرواية القاضي ، وأبو محمد في الكافي ، والمغني ، وكأن أحمد رحمه الله لم ينظر في هذه إلى انتقال الملك ، إنما نظر إلى الاحتياط .

---

(١) شرح الزاد للحمد، ٣٦/٦٢

والعجب من أبي البركات ، حيث لم يذكر : قبل التفرق ، مع جودته وتصريح

". (١)

" ولعمومات الأمر بالوفاء بالعقود والعهود ، ولأن الله تعالى ورسوله حرما مال الغير إلا عن تراض منه ، ولا ريب أن المرأة لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط ، وشأن الفرج أعظم من شأن المال ، فإذا حرم المال إلا **بالتراضي** ، فالفرج أولى ، ولهذا جعل النبي الشروط فيه الولي أن يزوج المرأة إلا برضاها ، ونهى المرأة أنتتزوج إلا بإذن وليها .

٢٤٨٤ وروى الأثرم رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ، ثم أراد نقلها ، فخاصموها إلى عمر رضي الله عنه فقال : لها شرطها . فقال الرجل : إذا يطلقننا : فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط .

٢٤٨٥ وعن ابن عمر فيما إذا شرط أن لا يخرجها من مصرها نحوه . رواه الترمذي . (وعن أحمد) رحمه الله ، رواية أخرى : لا يلزم هذا الشرط ، حكاها أبو الحسين عن شيخه أبي جعفر ، ولعلها مأخوذة من أن الأصل في العقود والشروط البطلان ، إلا أن يدل دليل على الصحة على رواية مرجوحة .

٢٤٨٦ وذلك لقول النبي في الحديث الصحيح (كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل) وهذا ليس في كتاب الله .

٢٤٨٧ وعن عمرو بن عوف رضي الله عنهما قال قال رسول الله : (المسلمون على شروطهم ، إلا شرطا حرم حلالا ، أو أحل حراما) مختصر ، رواه الترمذي ، وقال : حسن صحيح . وفيه كلام . وهذا يحرم حلالا ، وأجيب عن الأول بأن معنى (ليست في كتاب الله) أي في حكمه وشرعه ، وهذه مشروعة ، بدليل ما تقدم ، وعن الثاني بأنها لا تحرم الحلال ، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ ، إن لم يف لها به .

إذا تقرر هذا فمتى أخرجها من دارها بغير اختيارها فلها الفسخ ، وغالى القاضي في الجامع فأثبت الفسخ بالعزم على الإخراج ، ومقتضى كلام الأصحاب أن الزوج لا يجبر على الوفاء بهذا الشرط ، وكلام الخرقي ظاهر في إجباره ، وكذلك كلام أحمد فر رواية حرب ، قال : إذا شرط أن لا يخرجها من قريتها ، ليس له أن يخرجها . انتهى ، وفي معنى هذا الشرط إذا شرط أن لا يخرجها من مصرها . والله أعلم .

قال : وإن تزوجها وشرط لها أن لا يتزوج عليها ، فلها فراقه إن تزوج عليها .

ش : الكلام في هذا الشرط نقلا ودليلا كالكلام في الذي قبله ، إلا أن ظاهر كلامه هنا أنه لا يجبر على ترك النكاح ، بل إذا تزوج عليها فلها الفسخ ، وكذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور ، إذا تزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى ، فإن تزوج أو تسرى فهي مخيرة ، وكأن الفرق أنه لا ضرر عليه في عدم إخراجها من دارها ،

---

(١) شرح الزركشي، ٥٨/٢

". (١)

" وإليها ميل أبي بكر ، وقال : العمل عليها عندي . لولا تواتر الروايات عنه بخلافها ، والله أعلم .

قال : على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، فأعلاه خادم ، وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلي فيها ، إلا أن يشاء أن يزيدها ، أو تشاء هي أن تنقصه .

ش : متى تراضيا في المتعة على شيء اتبع ما تراضيا عليه إذا كانا من أهل التراضي ، إذ الحق لهما لا يعدوهما ، وإن تنازعا رجع الأمر إلى الحاكم ، فيعتبر حالالزوج ، فيجعل على الموسع قدر سعته ، وعلى المقتر قدر قتره ، للآية يالكرمة ، ثم المشهور والمختار من الروايات للخرقي ، والقاضي ، وجماعة من أصحابه أنها مقدرة الاعلى والأدنى ، فأعلاها خادم ، وأدناها كسوة يجزئها أن تصلي فيها .

٢٦٣١ لأن ابن عباس ترجمان القرآن قال : أعلى المتعة خادم ثم دون ذلك النفقة ، ثم دون ذلك الكسوة . رواه أبو حفص بإسناده .

٢٦٣٢ وعن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه طلق امرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء يعني متعها . وإنما اشترطنا في الكسوة الواجبة بمطلق الشرع ، وهي الكسوة في الكفارة (والرواية الثانية) يرجع إلى اجتهاد الحاكم في ذلك ، لأن التقدير من الشرع ، ولم يرد (والرواية الثالثة) وهي أضعفها هي متاع بقدر نصف مهر المثل ، لأنها بدل عنه ، ولا تليق هذه الرواية بمذهب أحمد ، لأنه تنتفي فائدة اعتبار الموسع والمقتر ولا تبقى فائدة في إيجاب نصف مهر المثل أو المتعة إلا غايته أن ثم الواجب في روايتيه من رواية الميموني ، وسأله كم المتاع ؟ فقال : على قدر الجدة ، وعلى من قال تمتع نصف صداق المثل ، لأنه لو كان فرض لها صداقا كان لها نصف الصداق ، قال القاضي : وظاهر هذا أنها غير مقدرة ، وأنها معتبرة بيساره وإعساره ، وقد حكى قول غيره أن قدرها نصف مهر المثل ولم ينكره ، وظاهر هذا أنه مذه ب له انتهى ، وهذا في غاية التهافت ، لأنه إنما حكى مذهب غيره بعد أن حكى مذهبه ، وإنما نقول على قول أنه حكى عن غيره قولا يكون مذهبا له ، إذا لم يبين في تلك الحكاية مذهبه ، ثم يلزم من هذا أن يكون قال قولين مختلفين في وقت واحد ، والله سبحانه أعلم .

قال : وإن طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك .

ش : إذا طالبته المرأة التي لم يفرض لها قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك ، لأن حقها ثبت بالعقد ، إذ النكاح لا يخلو من مهر ، وظاهر كلام الخرقي أن هذه المطالبة عند الحاكم ، لأنه الذي إليه الإجبار ، وإذا يفرض مهر المثل ، لأنه بدل البضع فيقدر به كالسلعة إذا تلفت ، فلو كانت المطالبة بغير حضرة الحاكم جاز ما اتفقا عليه ،

". (٢)

---

(١) شرح الزركشي، ٣٦٥/٢

(٢) شرح الزركشي، ٤٣٢/٢

"

(تنبيه) قد حملنا كلام الخرقي على ما إذا كان العلانية أزيد وهو متأخر ، بناء على الغالب وكلام أحمد رحمه الله جرى على ذلك ، قال في رواية ابن منصور : إذا تزوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا مهرا ينبغي لهم أن يفوا ، ويؤخذ بالعلانية ، ولو كان العلانية أزيد وهو متقدم ، فهنا يرتفع الخلاف ، ويؤخذ بالعلانية قولا واحدا ولو كان أقل وهو متأخر أخذ بالسر ، على مقتضى ما تقدم بلا ريب لأنه قد وجب بالعقد ، ولا مقتضي للإسقاط ، ولو كان أقل مع تقدمه ، فمقتضى ما تقدم أن يجري فيه القولان السابقان ، والله أعلم .

قال : وإذا أصدقها غنما بعينها فتوالدت ، ثم طلقها قبل الدخول ، كانت أولادها لها ، ويرجع عليها بنصف الأمهات ، إلا أن تكون الولادة نقصتها ، فبكون مخيرا بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها ، أو يأخذ نصفها ناقصة .

ش : قد تقدم الكلام على هذا عند قوله : إذا أصدقها عبدا صغيرا فكبر . والخرقي رحمه الله بين ثم الزيادة المتصلة ، وهنا الزيادة المنفصلة ، وقد تقدم الكلام على النوعين بما يغني عن إعادته ، وقوله : بعينها . يحترز عن المبهمة ، فإن التسمية إذا فاسدة ، والله أعلم .

قال : وإذا أصدقها أرضا فبنتها دارا ، أو ثوبا فصبغته ، ثم طلقها قبل الدخول ، رجع عليها بنصف قيمته وقت ما أصدقها ، إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ ، فيكون له النصف ، أو تشاء هي أن تعطيه نصفه زائدا فلا يكون له غيره .

ش : إذا طلق المرأة قبل الدخول ، وقد وصلت العين المصدقة بملكها كما مثل الخرقي ، فإنها لا تجبر على زوال ذلك ، لأنها وضعته ، (بحق ، ويكون للزوج نصف القيمة ، لتعذر الرجوع في نصف العين إلا بضرر يلحقها ، والضرر منفي شرعا ، فإن اختار الزوج أن يدفع إليها نصف قيمة البناء أو الصبغ ، ويكون له نصف المجموع فله ذلك ، عند أبي محمد تبعا للخرقي ، لزوال الضرر عن المرأة ، وصار هذا كالشفيع إذا أخذ بالشفعة بعد غرس المشتري أو بنائه ، وبذل قيمة ذلك ، فإن المشتري يلزمه القبول ، وقال القاضي : ليس له إلا القيمة ، وحمل كلام الخرقي على التراضي ، حذارا من إجبار المرأة على المعاوضة على ملكها بغير رضاها انتهى ، فلو بذلت المرأة النصف بزيادته لزم الزوج قبوله ، لأنه حقه وزيادة .

قلت : وقد يتخرج عدم اللزوم بما إذا وهب الغاصب تزويق الدار ونحوها للمغصوب منه ، وهو أظهر في البناء ، والله سبحانه أعلم .

٢ (قال : باب الوليمة) ٢

ش : حكى ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة أن الوليمة اسم لطعام العرس خاصة ، لا يقع على غيره ، قال أبو محمد : وقال بعض الفقهاء من أصحابنا

" (١).

" طاحون كذلك ، وأرض لا تتعدل بأجزاء ولا قيمة ، كبئر ، أو بناء أو شجر في بعضها ونحو ذلك ، وكعبد وسيف ، فهذا ونحو إذا رضي الشريكان بقسمته قسم ، لأن الحق لهما لا يعدوهما ، وإن امتنع أحدهما لم يجبر .

٣٨٢٢ أما مع الضرر فلقول النبي (لا ضرر لا ضرار) رواه ابن ماجه ، وفي لفظ : أن رسول الله قضى أن لا ضرر ولا إضرار . وأما مع رد العوض فلأنه إذا بيع ، والبيع لا إجبار فيه والحال هذه ، قال سبحانه [ب ٢] ١٩ (﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾) [ب ١] لا يقال : في عدم القسمة ضرر . لأنا نقول : يندفع ذلك بالبيع عليهما إذا طلب أحدهما ذلك ، كما نص عليه أحمد رحمه الله في دابة مشتركة بينهما ، وعممه غير واحد من الأصحاب في كل ما قي قسمته ضرر ، ويرشح ذلك أيضا بأن حق الشريك في نصف القيمة ، لا قيمة النصف ، انتهى .

واختلف في الضرر المانع من القسمة (فعنه) وهو ظاهر كلامه في رواية الميموني هو أن تنقص القيمة بالقسمة ، إذ مثل ذلك يعد ضررا ، وإنه منفي شرعا (وعنه) وهو ظاهر كلام الخرقي ، واختيار أبي محمد في العمدة هو ما يتعذر معه انتفاع أحدهما بقسمه مفردا فيما كان ينتفع به مع الشركة ، كدار صغيرة إذا قسمت حصل لكل واحد منهما موضع لا ينتفع به ، قال أبو محمد : أو ينتفع به لا على وجه الدارية ، بل على وجه المخزنية ونحو ذلك لأن كل واحد منهما دخل على الانتفاع بها على وجه الدراية . ففي العدول إلى دون ذلك ضرر ، وإنه منفي شرعا (فعلى الأول) إذا نقصت القيمة بالقسمة فلا إجبار ، وإن انتفع بها فيما كان ينتفع به قبل (وعلى الثاني) الاعتبار بالنفع وإن لم تنقص القيمة ، وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل اعتبارهما ، قال : كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمتها .

(فإن كان الضرر على أحدهما دون الآخر ، كرجلين لأحدهما الثلث ، وللآخر الثلثان ، يستضر صاحب الثلث بالقسمة ، دون صاحب الثلثين (فعنه) وهو ظاهر رواية حنبل المتقدمة ، وبه جزم القاضي في الجامع ، والشريف وأبو الخطاب في خلا فيهما والشيرازي لا يجبر واحد منهما ، إذ هذه القسمة لا تخلو من ضرر (وعنه) وإليه ميل الشيخين إن طلبها صاحب الثلث والحال هذه أجبر الآخر عليه ، لأنه رضي بإدخال الضرر على نفسه ، ولا ضرر على شريكه ، وإن طلبها صاحب الثلثين لم يجبر الآخر ، لما فيه من الضرر عليه ، وحكي عن القاضي عكس ذلك في الصورتين وفيه بعد ، انتهى .

(تنبيه) حيث توقفت القسمة على **التراضي** فهي بيع بلا ريب ، وحيث لم تتوقف عليه بل يجبر الممتنع عليها فهي إفراز ، على المذهب المشهور المختار لعامة

" (٢).

---

(١) شرح الزركشي، ٤٣٩/٢

(٢) شرح الزركشي، ٣٨٦/٣

" الأصحاب لأنها تنفرد عن البيع باسم وحكم ، فلم تكن بيعا كسائر العقود ، يحقق ذلك دخول الإجبار فيها مطلقا ، وليس لنا نوع من البيع كذلك ، ووقع في تعاليق أبي حفص العكبري عن شيخه ابن بطة ، أنه منع قسمة الثمار التي يجري فيها الربا خرصا وأخذ من هذا أنها عنده بيع ، كما أخذ من نص أحمد على جواز الخرص في هذه الصورة أنها إفراز ، وذلك لأنه يبذل نصيبه من أحد السهمين ، بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذا حقيقة المنع .

وينبني على الخلاف فوائد (منها) جواز قسمة الثمار التي يجري فيها الربا بالخرص (ومنها) جواز قسمة المكيل وزنا والموزون كيلا (ومنها) التفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في المبيع (ومنها) إذا حلف لا يبيع فقسم أنه لا يحنث (ومنها) جواز قسمة العقار الموقوف أو بعضه ، وعلى قول ابن بطة ينعكس جميع ذلك ، ولو كان بعض العقار وقفا ، وبعضه طلقا ، واحتيج إلى رد عوض ، فإنه يتوقف كما تقدم على التراضي ، ثم إن كان العوض من صاحب الطلق لم يجز ، لأنه يشتري بعض الوقف ، وإنه ممتنع ، وإن كان من رب الوقف جاز على الأصح ، المقطوع به عند أبي محمد ، وعلى كلا القولين لا يوجب شفعة ، وينفسخ بالعيب ، والله أعلم .

قال : وإذا قسم طرحت السهام ، فيصير لكل واحد ما وقع سهمه عليه ، إلا أن يتراضيا فيكون لكل واحد منهم ما رضي به .

ش : أي وإذا أريد القسم طرحت السهام ، ويصير لكل واحد من الشركاء ما وقع سهمه عليه ، إذ القرعة دخلت لقطع التنازع ، وبيان المستحق ، وقد حصلت فوجب أن يترتب حكمها عليها ، فإن تراضيا على أن يأخذ كل واحد سهما بغير قرعة جاز ، لأن الحق لهما لا يتجاوزهما ، ويكون اللزوم هنا بالتراضي والتفرق كالبيع .

وظاهر كلام الخرقي يشمل كل قاسم ، ونوعي القسمة ، وكذلك تبعه على هذا الإطلاق أبو الخطاب في الهداية ، وأبو البركات والشيرازي وابن البنا ، وأبو محمد في المقنع ، وزاد أبو الخطاب ومن تبعه قولا أنها لا تلزم فيما فيه رد ؛ بخروج القرعة إلا بالرضا لأنها إذا بيع بعد القرعة ، وعلى مقتضى هذا التعليل جميع قسمة التراضي لا تلزم إلا بالرضا ، وفصل أبو محمد في المغني والكافي فقال في قاسم الحاكم في قسمة الإجبار : تلزم القسمة بخروج القرعة ، إذ قرعة قاسم الحاكم كحكمه ، وفي قسمة التراضي وجهان (أحدهما) كالأول ولما تقدم (والثاني) لا تلزم إلا بالتراضي ، لأنها إذا بيع ، وجعل حكم قاسمها حكم قاسم الحاكم إن كان بصفته ، وإن كان كافرا ، أو غير عارف بالقسمة ونحو ذلك لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما ، كما لو قسما بأنفسهما ، وتبعه على ذلك ابن حمدان ، وعلى هذا التفصيل كلام الخرقي ومن تبعه محمول على قاسم الحاكم .

(تنبيه) كيفما أقرع جاز إلا أن الأولى عند الأصحاب أن يكتب اسم كل شريك

---

(١) ".

---

(١) شرح الزركشي، ٣/٣٨٧

" الثانية) لا يجوز له أن يشهد بذلك مطلقا ، نقلها بكر بن محمد ، واختارها أبو بكر ، لجواز أن يكون قال ذلك على سبيل الممازحة ، لا على سبيل الحقيقة ، وكما في الشهادة على الشهادة (والرواية الثالثة) أنه إن أقر بحق في الحال شهد به ، زأن أقر بسابقة الحق لم يشهد به ، نقلها أبو طالب ، واختارها أبو البركات ، لأن المقر بحق في الحال معترف به ، فالشاهد يجزم تبعا لإقراره بأنه عليه ، والمقر بسابقة الحق لا يلزم منه أنه عليه ، لأنه يجوز أن يكون وفاه ، فالشاهد لا يجزم بأنه عليه (والرواية الرابعة) يخير الشاهد في الشاهد في الشهادة والحال ما تقدم ، ولا يجب عليه ذلك ، نقلها أحمد بن سعيد لأن وقوع الخلاف شبهة درأت الوجوب ، وتورع ابن أبي موسى فقال في القرض ونحوه : ولا يشهد به لما تقدم وفي الإقرار بحق في الحال يقول : حضرت إقرار فلان فكذا ، ولا يقول : أشهد على إقراره . فعلى الأولى لو قال التحاسبان للشاهدين : لا تشهدا علينا بما يجري بيننا . فهل يمنع ذلك الشهادة ، أو لا يمنع ويلزم إقامتها ، وبها قطع أبو محمد في المغني ؟ على روايتين .

والخرقي رحمه الله لم يذكر إلا الإقرار ، وبقي عليه سماع الحكم ، وغير ذلك من العقود ، والطلاق ، ونحو ذلك مما مرجعه القول ، أما سماع الحكم ففيه الروايات الثلاث الأول المبدوء بهن في الإقرار ، وأما الطلاق والعقود ونحو ذلك فيشهد به ، وإذا شهد بذلك فالأولى أن يشهد على الأفعال ، وقد حكى القاضي في الأفعال روايتين أيضا (إحداهما) لا يشهد بها حتى يقول له المشهود عليه : اشهد . (والثانية) يشهد ، قال أبو محمد : فإن أراد بذلك العموم لم يصح ، لأدائه إلى منع الشهادة عليه بالكلية ، إذ الغاصب لا يستشهد أحدا على غصبه ، وكذا السارق ونحوهما ، ثم إن أبا بكرة وأصحابه لما شهدوا على المغيرة لم يقل عمر رضي الله عنه : هل أشهدكم على ذلك ؟ قال : وإن أراد الأفعال التي تكون بالتراضي ، كالقبض في الرهن ، والقبض والتفرق في البيع ، ونحو ذلك جاز . (قلت) : وإذا جرى الخلاف في ذلك فينبغي جري انه في الطلاق والعقود ونحو ذلك ، وكلام أبي البركات الجزم بالشهادة بذلك ، ويحتمل أن يريد القاضي بالأفعال الشهادة على الإقرار بالأفعال . والله أعلم .

قال : وتجوز شهادة المستخفي إذا كان عدلا .

ش : هذا أحد نوعي الشهادة على المقر ، وإن لم يشهده على ما سمعه ، والخلاف فيه كالخلاف فيه ثم ، ومختار أبي بكر إنما هو والله أعلم مصرح به هنا ، وتبعه ابن أبي موسى على مختاره ، وإنما قال الخرقي : إذا كان عدلا . لئلا يتوهم أن هذا يدخل تحت قوله تعالى : [ب ٢] ١٩ (﴿ ولا تجسسوا ﴾) [ب ١] فيكون مرتكبا للنهي ، فيمنع من الشهادة لذلك ، فأشار إلى أن هذا التجسس غير ممنوع منه للحاجة الداعية ، وإنما المشترط العدالة ، لأنها تمنع من التجسس في غير ذلك ، والمستخفي يشمل المستخفي في كل ما سمعه أو حضره ، والله أعلم .

". (١)

---

(١) شرح الزركشي، ٤١٢/٣

"يقول المصنف رحمه الله: [كتاب البيع]، عبر (بالكتاب) لسعة هذا الباب وعظيم ما فيه من المسائل الكثيرة والفروع المشتهرة. وقوله: (البيع) مصدر مأخوذ من قولهم: باع الشيء يبيعه بيعا ومبيعا فهو بائع، وهو مأخوذ من الباع؛ لأن كلا من البائع والمشتري يمد باعه، فأنت -مثلا- لو مررت على إنسان تريد أن تشتري منه كتابا فقلت له: بعني هذا الكتاب بعشرة ريالات، فقال: بعتكه بعشرة، أو قبلت، فقدم لك الكتاب وأعطيته العشرة، فإنك تمد الباع بالعشرة وهو يمد الباع بالكتاب، فقالوا: سمي البيع بيعا من هذا. أما في اصطلاح أهل العلم رحمهم الله، فهناك تعاريف كثيرة للبيع. وبالمناسبة: تجد العلماء يعتنون دائما بمسألة التعريف الاصطلاحي، أو التعريف الشرعي، أو الحقيقة الشرعية، وقل أن تجد بابا من الفقه إلا وله تعريف اصطلاحي، فالصلاة تعرف لغة واصطلاحا وكذلك الزكاة.. الرهن.. الإجارة.. الشركة.. المضاربة، إلى غير ذلك من الأبواب والكتب، فما السبب في ذكر هذه التعاريف؟ السبب: حتى تتميز المعاملات بعضها عن بعض، فربما يأتيك شخص فتقول له: بعتك هذه السيارة بكذا فيقول: قبلت، فيقول شخص آخر: هذه إجارة، فتقول له: لا؛ لأن البيع حقيقته مبادلة المال بالمال تمليكا **بالتراضي**، ولكن الإجارة مبادلة المال بالمنفعة، فتستطيع أن تعرف ما هو المراد بكلمة (بيع) فأنت تنتقل في كتب العلماء بأفكار مرتبة وعلوم متقنة، فإذا عرفت ما هو البيع يرد السؤال: ما موقف الشرع من هذا البيع؟ ثم يرد السؤال: إلى كم قسم ينقسم؟ بيع حلال وبيع حرام. فما هي أوصاف الحلال، وما هي أوصاف الحرام؟ ثم يرد سؤال آخر: ما الذي يترتب على البيع الحلال؟ وما الذي يترتب على البيع الحرام؟ وعندها تكتمل الصورة في هذا الباب من أبواب المعاملات. فنحن نحتاج أولا إلى معرفة مقدمات البيع، ومقدمات البيع تستلزم منك أن تعرف حقيقته لغة، وقد بيناها، وحقيقته اصطلاحا، وثانيا: أن تعرف." (١)

"موقف الشرع من هذه المعاملة هل هي جائزة أم محرمة؟ ثم إذا كانت جائزة فهل هي جائزة على سبيل اللزوم أو على سبيل التخيير، أو على سبيل الفضيلة؟ ثم بعد ذلك تعرف ما هي أركان هذه المعاملة، وتعرف المقدمات التي يمكن أن تتصور من خلالها المعاملة، ثم تدخل بعد ذلك في التفصيلات والأحكام. وأكرر الوصية لطلاب العلم ألا يملوا ولا يسأموا؛ لأننا سندخل من هذا الكتاب إلى مباحث دقيقة ومسائل قد تكون بعض الشيء عويصة، وإن كنا لا زلنا في المقدمات، لكن ينبغي على طالب العلم أن يصبر وأن يأخذ من مجلس العلم ما استطاع أن يتوصل إليه من الفائدة.
البيع في الاصطلاح: مبادلة المال بالمال تملكا وتمليكا، وبعض العلماء يقول: **بالتراضي**، وسنشرح هذا التعريف عند ذكر المصنف رحمه الله للجملة الأولى في كتاب البيع.
مشروعية البيع." (٢)

"ذكر الإمام الزركشي رحمه الله في شرحه: إن جميع التعاريف لم تخل من نظر ومن اعتراضات، ولذلك تجد الحنفية يقولون: البيع مبادلة المال بالمال **بالتراضي**. والمالكية يقولون: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة،

---

(١) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٤٩٥/٥

(٢) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٤٩٦/٥

بمكايسة أحد عوضين، غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه. هذا بالنسبة لتعريف ابن عرفة رحمه الله في الحدود. وتجد الشافعية يقولون: معاوضة المال بالمال تمليكا. وتجد الحنابلة يقولون: تملكا وتمليكا. كتعريف الشافعية. وكل هذه التعاريف شبه متقاربة، لما قال: مبادلة المال بالمال، أولا قال: مبادلة المال، فمعنى ذلك: أنه يدخل عقد النكاح وعقد الإجارة وعقد البيع وعقد الشركات؛ لأنك تدفع نصف الشركة وغيره يدفع نصف الشركة، وعقد المضاربة، والهدية، فعندما يعطيك ترد عليه بهدية أحسن منها، وهذه تسمى هبة العوض، التي كانت محرمة على رسول الله صلى الله عليه وسلم. ثم أتى العلماء بقيد: فقال و ا: مبادلة المال بالمال. فلما قالوا (بالمال)، خرج مبادلة المال بالبضع، الذي هو النكاح، وخرج مبادلة المال بالمنفعة وهي السكنى أو ركوب الدابة أو الإجارة، وخرج مبادلة المال بالمال لا للتمليك كالشركات، هذا بالنسبة للشافعية والحنفية والحنابلة. لكن المالكية قالوا: (عقد معاوضة على غير منافع) والمعاوضة عام، فأرادوا أن يخرجوا الإجارة، فقالوا: (على غير منافع) ثم أرادوا أن يخرجوا النكاح فقالوا: (ولا متعة لذة) كذلك أرادوا أن يخرجوا الشركة والمضاربة فقالوا: (ذو مكايسة)، أي: بالمخاطرة؛ لأن العقود منها ما فيه خطر، ومنها ما فيه الرفق، ومنها ما يجمع ما بين الرفق والخطر، أي: أنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام: ما كان ضررا محضا أو غبنا محضا. ما كان رفقا محضا. ما كان جمعا للأمرين. فالغبن المحض: مثل البيع والإجارة، كأن يقول لك: أبيعك السيارة بعشرة آلاف، فتقول: لا، بتسعة آلاف.. بثمانية آل اف، كأن هناك ألفا تريد أن تضع غبنها عليه، وهو يريد." (١)

"للبيع شروط شرعية لا يحكم بصحة البيع ونفوذه إلا إذا توافرت فيه هذه الشروط، ومن أهم هذه الشروط: تراضي الطرفين -البائع والمشتري- وأهليتهما في التصرف، وأن تكون العين مباحة المنفعة لغير حاجة، فإذا فقد البيع أحد هذه الشروط فقد فقدت شرعيته، وحينئذ يحكم ببطلانه، وعدم جوازه.

شروط صحة البيع

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد: فيقول المصنف رحمه الله تعالى: [ويشترط **التراضي** منهما، فلا يصح من مكره بلا حق]. شرع المصنف رحمه الله في بيان الشروط التي ينبغي توفرها لكي يحكم بصحة البيع، ولا يمكن أن يحكم بجواز البيع ونفوذه إلا إذا توفرت هذه الشروط الشرعية، وذلك لأن الأصل في مال المسلم أنه محرم إلا أن يدل الدليل على استباحته، وعقد البيع عقد مبادلة ومعاوضة، وهذه المبادلة والمعاوضة لها أمارات معي‌نة في الشرع يحكم بوجودها في صحة البيع واعتباره، ويسمي العلماء رحمهم الله هذه الأمارات والعلامات: شروط صحة البيع، فشرع المصنف رحمه الله في بيان الشروط التي ينبغي توافرها لكي يحكم بكون البيع صحيحا.

التراضي." (٢)

---

(١) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ١٨/٦

(٢) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٢٣/٦

"قال رحمه الله: (ويشترط **التراضي**) أي: يشترط لصحة عقد البيع أن يكون البائع راضيا، وأن يكون المشتري راضيا، فلابد أن يكون كل منهما راضيا على عقد المبادلة والمعاوضة، فلو قال رجل لرجل: بعتك بيتي بمائة ألف، فيشترط أن يكون هناك الرضا من البائع وهو صاحب البيت، بحيث يرضى بالمائة ألف عوضا عن بيته، ويشترط الرضا في المشتري، بحيث يرضى بدفع المائة ألف في مقابل هذه العين، أعني: البيت. والأصل في اشتراط هذا الشرط قول الله سبحانه وتعالى: يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم [النساء:٢٩]، فبين سبحانه وتعالى حرمة أكل مال المسلم بالباطل، والباطل هو الذي ليس فيه وجه حق، وعلى هذا فإنه يستحق مال المسلم في التجارة إذا وجد الرضا، ومفهوم ذلك: أنه لا يستحق مال المسلم إذا فقد الرضا، والله تعالى يقول: إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم [النساء:٢٩] ، فاشتملت هذه الآية على اشتراط الرضا في الطرفين: في البائع وفي المشتري، ومفهوم ذلك: أنه لا يصح البيع إذا فقد الرضا. وقد أجمع العلماء رحمهم الله على أن من شروط صحة البيع وجود الرضا من حيث الجملة؛ لنص الله عز وجل عليه، ولذلك نجد فقهاء الحنفية رحمهم الله لما وصفوا البيع الشرعي قالوا: مبادلة المال بالمال **بالتراضي**، وقولهم: (**بالتراضي**)، الباء للمصاحبة، أي: مصحوبا **بالتراضي** من الطرفين، أعني: البائع والمشتري. وعلى هذا: فلو أن إنسانا هدد غيره أن يبيع فباع تحت هذا التهديد، أو أضر به أو قهره على البيع، فإذا توفرت شروط الإكراه لم يصح البيع؛ وذلك لأن الله عز وجل اشترط للحكم بجواز البيع وصحته أن يوجد الرضا، ومفهوم ذلك: أنه لا يحكم بصحة البيع واعتباره إذا لم يوجد الرضا، وقد جاء في حديث ابن عمر عند ابن حبان وغيره وحسن بعض العلماء إسناده، أن النبي صلى الله عليه." (١)

"وسلم قال: (إنما البيع عن تراض)، فقوله: (إنما البيع) أسلوب حصر وقصر، كأنه يقول: البيع الشرعي هو البيع الذي وجد فيه **التراضي**، ومفهوم ذلك -وهو مفهوم الحصر كما يسميه الأصوليون-: أنه إذا لم يوجد الرضا فليس ثم بيع شرعي. وقوله: (فلا يصح من مكره بلا حق) الفاء في قوله: (فلا يصح) للتفريع، فرع على اشتراط الرضا في البائع والمشتري أنه لا يحكم بصحة البيع إذا أكره البائع على البيع أو أكره المشتري على الشراء، فإذا أكره أحدهما أو أكرها معا لم يصح البيع. وقوله: (من مكره) المكره: مأخوذ من الكره، وأصل الكره الشيء الذي انتفى فيه الرضا، والأصل في كون الإكراه مسقطا للأحكام الشرعية قول الله سبحانه وتعالى: إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان [النحل:١٠٦]، فهذه الآية الكريمة قال علماء التفسير فيها: إنها أصل في إسقاط حكم الإكراه، ووجه ذلك: أن الله سبحانه وتعالى بين أن المسلم إذا قال ما يوجب الردة -وهي كلمة الكفر- بالإكراه وقلبه مطمئن بالإيمان، فإن هذا القول لا عبرة به، ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمار عندما أكره: (وإن عادوا فعد) ، فأسقط بالإكراه الحكم بالمؤاخذة. وعلى هذا: فلو قال المكره: بعت، وقال المكره: اشتريت، فإن هذا اللفظ من البائع والمشتري وجوده وعدمه على حد سواء؛ لكن يبقى النظر: متى نحكم بكون الإنسان مكرها؟ هذه المسألة تكلم عنها العلماء رحمهم الله، ولكن فيها تفصيل وكلام طويل، وسيكون الحديث عنها إن شاء الله في طلاق المكره، وسنتكلم عن الشروط المعتبرة للحكم بكون الإنسان

(١) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٢٤/٦

مكرها، فمثلا: لو قال رجل لرجل: بع بستانك هذا بمليون وإلا ضربتك على يدك، فإن الضرب على اليد أهون من بيع البستان بهذا المبلغ، فلا نقول: إنه مكره بهذا القول، وإنما يحكم بكونه مكرها، إذا هدد بأمر هو أعظم من الأمر الذي طلب منه. وهناك موازين وأمور معينة لا بد من وجوده ا للحكم بالإكراه. فالشاهد:." (١)

"السؤال: ما حكم المساومة؟ وهل تقدح في شرط **التراضي** بين البائع والمشتري، أثابكم الله؟ الجواب: باسم الله، الحمد لله، وصلى الله وسلم وبارك على خير خلقه وأفضل رسله، وعلى آله وصحبه ومن والاه. أما بعد: فالمساومة: هي مفاعلة من السوم، والسوم: إعطاء القيمة في السلعة، كأن يعرض سلعة -كسيارة أو بهيمة- للبيع فتقول: أشتريها بعشرة، فإن قلت بعشرة فمعناها أنك سمتها بعشرة، أو عرض أرضه أو عمارته للبيع، فقلت: أشتريها بمائة ألف، فسمتها بالمائة، فجاء غيرك وقال: بمائتين، إذا: حصلت هنا منافسة وقد قيل لها: مساومة؛ لأنها مفاعلة من السوم، والمفاعلة في لغة العرب تستلزم وجود شخصين فأكثر، فلا يقال: مساومة، من شخص واحد؛ وإنما يقال: مساومة، إذا عرضت للمزاد، والمزاد: هو طلب الزيادة، بمعنى: أن يتنافس اثنان أو أكثر في سلعة ما، فيقول الأول: بعشرة، ويقول الثاني: بعشرين، ويقول الثالث: بخمسة وعشري ن، ويقول الرابع: بثلاثين.. وهكذا، فهذا هو السوم. والسوم له أحوال: أما من حيث الأصل والمعروف والشائع أن السلعة توضع بين الناس، ثم يتساومون عليها أو يزيدون فيها، فهذا جماهير العلماء رحمهم الله وحكى غير واحد الإجماع على أنه جائز؛ لكن حكي عن البعض أنه لا يجوز، واستدلوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن المزايدة، وهذا الحديث ضعيف، فقد ضعفه الإمام البخاري وغيره، ولا يصح ولم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المساومة، والمساومة التي حرمها عليه الصلاة والسلام إنما هي سوم المسلم على أخيه، والسوم الذي حرمه الله عليك على أخيك المسلم شرطه: أن يتراكن الطرفان، أما لو عرض سيارته للبيع في المعرض أو أمام بيته أو في السوق، فقال رجل: بعشرة آلاف، فقلت أنت: بعشرة آلاف وخمسمائة، فإن قولك هذا ليس من سوم المسلم على أخيه المسلم؛ وإنما هو مزايدة، وفرق بين السوم وبين المزايد ة ، وأما السوم على أخيك المسلم الذي حرمه الله، فهو أن يأتي رجل." (٢)

"الله لنا البيع والتجارة بشرط وجود الرضا، فإذا اختلفا انعدم الرضا، فهذا يقول: بعت السلعة بعشرة، والثاني يقول: اشتريتها بثمانية، وهذا يقول: بعت العمارة بعشرة آلاف، والآخر يقول: بل اشتريتها بتسعة آلاف، فمعناه: أن البائع قد بذل هذه الصفقة -العمارة مثلا- بعشرة آلاف، ورضي أن يأخذ العشرة في مقابل سلعته، فإذا قال المشتري: بل بثمانية، فمعنى ذلك أن الذي حصل الرضا عليه ليس بموجود، ومن هنا يكون الخيار في البيع على تفصيل سيذكره المصنف رحمه الله. وإذا وقع الخلاف بين المتعاقدين فهناك أحوال: الحالة الأولى: أن يوجد الدليل الذي يرجح قول البائع أو قول المشتري، بأن قال البائع مثلا: بعتك سيارتي هذه بعشرة آلاف، وقال المشتري: اشتريتها بثمانية آلاف، فوقع الخلاف بينهما، فقال المشتري: عندي شاهدان عدلان يشهدان أنك بعتها لي بثمانية آلاف، فأقام البينة بالشاهدين

---

(١) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٢٥/٦

(٢) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٤١/٦

العدلين، فحينئذ الحكم سي كون لقول المشتري، والبيع تام بثمانية آلاف ويلزم البائع بدفع السلعة بثمانية آلاف، ولا خيار؛ لأنه قد قام الدليل على ترجيح قول المشتري، والحق حقه. والعكس: فلو أن البائع قال: بعتها بعشرة آلاف، فقال المشتري: بل بثمانية آلاف، قال البائع: عندي شهود يشهدون أنك قد رضيت شراءها بعشرة آلاف، فأقام شاهدين عدلين، على أنه اشترى منه بعشرة آلاف، فحينئذ يكون القول قول البائع، ويلزم المشتري بدفع عشرة آلاف، وهكذا لو أقام أحدهما شاهدا وحلف اليمين معه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد مع اليمين. فهذه الحالة الأولى: أن توجد البينة التي ترجح أحد القولين على الآخر. الحالة الثانية: أن يحصل الصلح **والتراضي** فيرضى البائع بقول المشتري، أو يرضى المشتري بقول البائع، فمثلا: قال البائع: بعتك سيارتي بعشرة آلاف، قال المشتري: بل اشتريتها بثمانية آلاف، قال البائع: أنا متأكد أنني بعتها بعش ر ة آلاف، فقال المشتري: أنت ثقة عندي وقد رجعت إلى قولك بعشرة." (١)

"آلاف. فرضي المشتري بقول البائع. أو العكس: قال البائع: بعتك السيارة بعشرة آلاف، فقال المشتري: بل اشتريتها بثمانية آلاف، فقال البائع للمشتري: أنت عندي ثقة وقد رضيت بثمانية آلاف، فإذا رضي أحد الطرفين بقول الآخر، نقول: يحكم بالبيع بما تراضيا عليه؛ لأن حقيقة البيع قائمة على الرضا، فإذا تراضيا واصطلحا بعد الخلاف فلا إشكال؛ لكن الإشكال إذا وقع الخلاف بينهما ولم توجد بينة، ولم يوجد الصلح **والتراضي** بينهما. وفي بعض الأحيان قد توجد البينة من الطرفين، هذا عنده بينة، وهذا عنده بينة وإذا تعارضت البينتان سقطتا على تفصيل سيأتي إن شاء الله في باب القضاء والبينات، لكن الذي يهم هنا أنه يقع الخلاف بينهما على وجه لا يمكن الترجيح، أي: أن نرجح أحد القولين على الآخر. فقال رحمه الله: [خيار لاختلاف المتبايعين] أي: النوع السابع من أنواع الخيار أن يقع الخلاف بين البائع والمشتري، في قدر الثمن أو جنس أو نوع الثمن، أو صفة البيع أو صفقة المبيع، هل هو عاجل أو آجل، بالتقسيط أو بالنقد.. إلخ. فيقع الخيار على تفصيل سيذكره المصنف رحمه الله.

اختلاف المتبايعين في قدر الثمن." (٢)

"قال رحمه الله: [ويصح شرطه في غيره]. أي: يصح ويجوز لكلا المتعاقدين إذا تعاقدا بالسلم أن يتفقا على أن التسليم يكون في غير مكان العقد، مثلا الآن: لو أن رجلا اشترى من رجل مزارع فقال له: أسلمتك عشرة آلاف ريال لقاء مائة صندوق من التمر السكري، وكان هذا الاتفاق -مثلا- في مكة، وكلاهما من غير مكة، فصاحب المزرعة مزرعته في القصيم، -السكري لا يوجد إلا في القصيم غالبا، ولذلك نجعل التمثيل بالسكري؛ لأنه معروف ومشهور، ولا نمثل بالعدوي والبرحي، وإن كان البرحي مشهورا أيضا- فقال: السكري موجود في مزرعتي، يعني: إذا حان الحصاد فإني غالبا أهيئه في مزرعتي في القصيم، فألزمك أو أشترط عليك أن تأتي وتأخذه مني قال له: قبلت، فيلزم بالذهاب وأخذ

---

(١) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٥٧/٧

(٢) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٥٨/٧

الصفقة من مكانها الذي اتفقا عليه، أو قال له -مثلا-: هذه عشرة آلاف ريال لقاء سيارة من نوع كذا وكذا قال: قبلت، ولكن أشترط عليك أن أعطيك السيارة في ج دة قال: قبلت، حينئذ الاتفاق وقع في مكة سواء في التمر أو في السيارة، لكنهما اتفقا **بالتراضي** من الطرفين أن يكون الوفاء في موضع غير موضع العقد فيصح ذلك، وكأن المصنف يريد أن يقرر لك أن وجوب الوفاء في مكان العقد محله ما لم يتفقا على غيره، فإن اتفقا على غيره جاز، والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: (المسلمون على شروطهم)، فهما قد اشترطا أن يكون ذلك في موضع غير موضع العقد برضاهما واختيارهما، وعلى هذا: يلزم الطرفان بما اتفقا عليه وحصل الشرط عليه.

محل الوفاء إذا كان العقد قد تم في مكان لا يضبط." (١)

"مستوثقا بثمانمائة ألف، فلو أدخل الرهن الثاني أبطل الرهن الأول؛ لأنه دخل في الشيوع، قال: وحينئذ لا يصح أن يزيد على الرهن الأول؛ لأن الحق مستوثق به، وقد رضي صاحب الحق بهذا الرهن، فلا تجوز الزيادة. والصحيح هو مذهب الجمهور؛ لأن الزيادة الطارئة كالزيادة المبتدئة؛ لأنه كما اتفق العلماء أنه يجوز أن ترهن بأكثر من الدين، كما لو أعطاك دينا مليونا، فيجوز أن ترهن أرضا قيمتها أكثر من مليون؛ فإذا كان يجوز ابتداء جاز؛ لأن هذا **بالتراضي**، وما دام أنه رضي أن يدخل الرهن الثاني على الرهن الأول، فهذا له ولا بأس بذلك. وقوله: (دون دينه) أي: لا يجوز أن يزيد في الدين. وتوضيح ذلك: لو باعك رجل أرضا بمليون على أن تدفع القيمة بعد سنة، فقال لك: أعطني رهنا، فقلت له: أعطيك عمارتي التي في المدينة الفلانية في الموضع الفلاني رهنا لقاء هذا المليون الذي اشتريت به الأرض، فلو أراد أن يستدين منه أ و يشتري منه سلعة ثانية، وأراد أن يجعل العمارة التي رهنها أولا رهنا لهذا الدين أو الشراء الثاني، كأن يقول: بعني أرضك الثانية، فقال البائع: الأرض الثانية قيمتها مائة ألف، فقال له: لقد رهنتك العمارة وقيمتها مليون ومائة ألف، فأدخل هذه الزيادة من المال على الدين الأول، ويصبح الدين الأول (المليون) مليونا ومائة ألف، لقاء هذه العمارة التي قيمتها مليون ومائة ألف، أو قيمتها مليون ومائتا ألف مثلا، فقالوا: لا يجوز ذلك؛ لأنه إذا تم العقد بالرهن وقبض، فمعنى ذلك: أن الرهن قد حبس على الدين الأول، وصار مستحقا ومستوثقا به الدين الأول، ولا يقبل حينئذ أن يصرف إلى الدين الثاني، بخلاف الصورة الأولى، وهي إدخال الرهنين، فإنها ليست كإدخال دين على الرهن، ولو فتح هذا لاستضر الناس، وصار هذا وسيلة إلى الأذية والإضرار. ومن الأمور التي تقوي هذا القول: أنه لو رهنه عمارة قيمتها مليونا، وجاء ليزيد في الدين، فربما." (٢)

"قال رحمه الله: [ومتى حل الدين وامتنع من وفائه، فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو العدل في بيعه باعه ووفى الدين، وإلا أجبره الحاكم على وفائه أو بيع الرهن]. قوله: (ومتى حل الدين وامتنع من وفائه). أي: حل الأجل، بمعنى: أن يأتي الوقت الذي تعهد المديون بسداد الدين فيه، أو تعهد المشتري بدفع قيمة الشيء الذي اشتراه، فإذا حل الأجل،

---

(١) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ١٨٧/٧

(٢) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٢٥٩/٧

فنقول له: ادفع المال؛ لأنه التزم في ذمته بالعقد بينه وبين صاحب المبيع أن يدفع له القيمة عند حلول الأجل، فلنا الحق إذا انتهى الأجل أن نطالبه بالسداد، فإن قال: ما عندي، أو أنا معسر، فحينئذ يجوز للمرتهن أن يطالب الراهن ببيع الرهن. وهذا مبني على العقد؛ لأن عندنا عقدين: العقد الأول: عقد البيع الذي فيه أساس الدين، أو عقد القرض الذي بينهما، فهذا اشترى منه أرضا -كما ذكرنا- بمليون على أن يسدده في نهاية السنة القادمة، فإذا انتهت السنة القادمة، قلنا له: سدد، فإذا قال: لا أستطيع، أو قال: هذه نصف القيمة ولا أستطيع أن أسدد الباقي -وينبغي أن يعلم إن كان صاحب الدين سمحا رضيا، فقال له: رضيت أن أنتظر شهرا أو شهرين، وأعطاه مهلة، فهذا الأمر **بالتراضي**، ونحن لا نتكلم فيه، إنما نتكلم عن الحقوق المطالب بها- فإذا تم الأجل ولم يؤد الدين كما وعد، فننتقل إلى عقد الرهن، في هذه الحالة يصير الرهن كأنه وثيقة، يقول العلماء: إنه استيثاق، أي: استوثق صاحب الدين لدينه بالعين، فالعمارة التي رهنها عندك وثيقة لقاء هذا الدين، بمعنى أنه إذا عجز عن السداد تبيعها وتتحصل مالك عليه، سواء كل الدين أو بعض الدين. أما إذا كان هناك عدل الذي هو الطرف الثالث، والعدل: شخص ينصبه صاحب الدين والمديون، كأن يقول مثلا: أعطني مليونا، فيقول: أعطيكها لكن بشرط أن تعطيني رهنا، فقال: أرهن عندك عمارتي، ولكن أريد أن تكون عند زيد، فقال صاحب الدين: وأنا أرضى زيدا. إ ذا: عندنا قرض: وهو المليون علي." (١)

"يسمى: البيع الجبري، وحينئذ تباع السلعة؛ لأن هناك اتفاقا مسبقا، والحق متعلق بها، فتباع كما تباع سلع المفلس، ومن حق القاضي أن يبيعها، وعلى هذا فكما ذكر المصنف رحمه الله يباع الرهن ويسدد به ما بقي من الدين، أو يسدد به كل الدين إن لم يكن دفع منه شيئا. وقوله: (فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو العدل في بيعه باعه ووفى الدين)، أي: إذا قال الراهن: يا محمد! إذا جاء أول محرم ولم أسددك فالعمارة بين يديك بعها وخذ حقك، وإن بقي علي شيء أكمله، وإن لم يبق شيء فالحمد لله حقك وصل إليك، وإن زاد شيء فرده إلي. فهذا إذن مسبق، سواء أذن عند عقد الرهن، أو أذن أثناء المدة، أو أذن عند انتهاء الأجل، فإذا أذن فلا إشكال، سواء أذن للمرتهن أو أذن للعدل، فالحكم واحد. وقوله: (وإلا أجبره الحاكم على وفائه أو بيع الرهن)، يعني: على القاضي أن يجبر المديون على وفائه، ويقول له: سدد، فإن لم يسدد، فحينئذ يقوم ببيعه بالبيع الجبري كما ذكرنا.

جواز بيع الحاكم للرهن عن امتناع الراهن عند التسديد والبيع

قال رحمه الله: [فإن لم يفعل باعه الحاكم ووفى دينه]. أي: باعه الحاكم بيعا جبريا، وهذا النوع من البيع هو الذي يقول العلماء: يجوز مع فقد شرط **التراضي**؛ لأن الله يقول: إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم [النساء:٢٩]، والبيع لا يصح إلا بالرضا، لكن في هذه الحالة رضا المالك وعدمه على حد سواء؛ لأنه متعلق به حق للغير، فحينئذ يستوفى هذا الحق؛ لأن هناك شرطا وعقدا بينهما، ولا بد من إبراء ذمته على هذا الوجه.

---

(١) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٢٦٢/٧

حكم الانتفاع بالرهن." (١)

"الريالات بالدولارات) فتنتقل إلى باب الصرف، فتقول يصح إذا كان في مجلس العقد، وأعطاه إياها في مجلس العقد، فإن أخر كان نسيئة. فلو قال له: هذه الألف أعطيك بدلا عنها طعاما، ولم يبين نوع الطعام لم يصح؛ لأنها بيع لمجهول، وبيع المجهول لا يصح؛ لأنه قد يتفقان على الطعام وهو يظنه جيدا فيظهر رديئا، أو يظنه من نوع يحبه فإذا به من نوع لا يحبه، فننتقل من باب الصلح في النوع الأول الذي يحصل فيه الإقرار بحال المعاوضة إلى باب البيع، ونطبق جميع مسائل البيع. فلو أنه قال له: أعطيك في مقابل هذه الألف مائة دولار، فقال: قبلت، وسأحضرها لك غدا، أو قال: بعد ساعة، وافترقا قبل التقابض، فإن ذلك يلغى وتبطل المعاوضة، ولا نحكم بصحة المعاوضة؛ لأن الشرع لا يجيز النسيئة في مثل هذه المعاوضة، بل لا بد أن يكون يدا بيد، فإنه صلى الله عليه وآله وسلم في الحديث الصحيح حديث ابن عمر : (كنت أبيع بالدرا ه م، وأقتضي بالدنانير، قال: لا يحل لك أن تفارقه وبينكما شيء). إذا: لا بد وأن يكون يدا بيد حالا في مجلس العقد، فلو قال له: أعطيك بدل هذه الألف خمسمائة ريال، وأعطيك بدل الخمسمائة الثانية –مثلا– طعاما، لم يصح لمسألة مد عجوة ودرهم بدرهمين، وهي مسألة الذرائع التي سبق بيانها معنا في باب الصلح. إذا: فائدة ذكر العلماء لهذا أن باب الصلح ينتقل به العقد من مسألة **التراضي** إلى مسألة ما انبنى عليه **التراضي**، فإن كان معاوضة على الأعيان وقع بيعا وحكمه حكم البيع، فلو أنه باعه أو تعاقد معه على المعاوضة بشيء محرم، كما تقدم معنا.. كالميتة، أو الخمر، أو الخنزير فلا يصح البيع لحديث جابر بن عبد الله في الصحيحين: (إن الله ورسوله حرما بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام). فلو قال له: أعطيك بدل الألف ميتة أو خمرا أو خنزيرا أو أصناما أو نحو ذلك من محرمات البيع لم يصح. الصورة الثانية فـي حال المعاوضة: أن تكون المعاوضة." (٢)

"المستعير الأول قد تصرف بدون حق؛ فإنه لا يجوز له شرعا أن يأخذ السيارة، فيعتبر في حكم الغاصب لو أخذها، ويلزمه ضمان أجرة السيارة في المدة التي أخذها، وضمان مثل السيارة إن كان لها مثلي إن أتلفها، أو قيمتها إن لم يكن لها مثلي، فهناك أحكام تترتب على أخذ المستعير الثاني مع علمه باعتداء المستعير الأول، فإن كان يعلم فهو أولا: آثم، وثانيا: يده يد ضمان مطلقا، حتى لو أن السيارة تلفت بدون تفريط أو تعد، فنقول للثاني: يجب عليك أن تضمن السيارة؛ لأنه يعلم أن الشرع لا يأذن له بذلك، وأنها في حكم المغصوبة، ويتفرع على ذلك ضمانه لقيمة السيارة إذا لم يكن لها مثلي، أو مثلها إن كان لها مثلي، وكذا ضمانه لأجرتها. فلو أخذها المستعير الأول على أن يسافر بها من مكة إلى المدينة، ثم أعطاها للمستعير الثاني، وقال له: سآخذ السيارة من محمد على أنني سأسافر بها وأعطيها لك، فعلم المستعير الثاني بـغش المستعير الأول، فأخذها المستعير الثاني وخرج بها من مكة إلى المدينة، فتلفت قبل وصوله إلى المدينة، نقول: أولا: يأثم. هذه مسئولية الآخرة؛ لأنه من التعاون على الإثم والعدوان، ثانيا: يلزمه ضمان هذه

---

(١) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٧/٢٦٤

(٢) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٧/٣٦٥

السيارة إن كان لها مثلي، وإن لم نجد في السوق مثل هذه السيارة نقول له: اضمن قيمتها، ويكون ضمان القيمة يوم التلف، فلو كانت السيارة حينما أخرجها من مكة قيمتها خمسة آلاف، فلما تلفت بعد أسبوع صارت قيمتها عشرة آلاف فإنه يضمنها يوم تلفت بعشرة آلاف، واستقرت عليه القيمة يوم التلف، ثالثا: نقول له: عليك أجرة السيارة فيما بين مكة إلى المكان الذي تلفت فيه السيارة، والدليل على هذه الثلاث: أولا: يأثم؛ لأن أموال الناس لا تستحق إلا بطيبة نفس منهم وتراض، قال تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض [النساء:٢٩] فالبذل مبني على **التراضي**، ومالكها رضي أن يبذلها منفعة للأول دون." (١)

"قال رحمه الله: [وإذا تم العقد لزم تسليم الحرة التي يوطأ مثلها في بيت الزوج إن طلبه ولم تشترط دارها أو بلدها]. (إذا تم العقد لزم تسليم الحرة) في بيت الزوجية، فيلزم أولياءها أن يسلموها لزوجها، ما لم يكن هناك أمور جرى العرف أو اتفق الطرفان على التأخير من أجلها كتجهيزها، أو حدد يوم معين للإتيان بها، فيجوز التأخير إلى الأجل، أما غير ذلك فالأصل يقتضي أن الرجل من حقه أن يدخل على زوجته وأن تسلم زوجته إليه في بيت الزوجية. (إن طلبه) طلب التسليم، فعندنا مسألة العقد ثم مسألة الدخول، فإذا ثبت أن هناك حقا للزوج على زوجته، فإنه يبدأ من العقد، فابتدأ المصنف بالعشرة الزوجية والحقوق من العقد، وهذا من دقته رحمه الله، أنه يسلسل الأفكار ويتابع بعضها بعضا، فابتدأ أول ما ابتدأ بما يترتب على العقد فقال: [إذا تم العقد وجب التسليم]. فعلى هذا حق الزوج على زوجته أن تسلمه وتمكنه من نفسها بمجرد العقد، هذا من حيث الأصل العام، وتبقى الأمور التي جرى عليها العرف **والتراضي** بين الطرفين، فهذه مختلفة بحسب اختلاف الأحوال. لكن لو قال: أريد أن أدخل على زوجتي، فقال أبوها: لا، حتى تنتهي من دراستها، وقد عقد عليها وتم العقد، فليس من حق أبيها أن يحول بينها وبين زوجها، ولو رفع أمره إلى القاضي لألزمه القاضي أن يسلم الزوجة إلى زوجها في بيته بيت الزوجية. [ولم تشترط دارها أو بلدها] (ولم تشترط دارها) لو قالت: ما تدخل علي إلا في بيت أبي، فلا يجوز أن يخرجها، فلو طالب أهلها أن يأتوا بها إليه في بيت الزوجية لم يكن له ذلك؛ لأنهم اشترطوا عليه أن تكون عندهم، وقد تكلمنا على هذا الشرط: أن تشترط دارها أو بلدها. فلو كان بلده بلدا غير بلدها كأن يكون في جدة وهي في المدينة فقال: تأتوني بها إلى جدة، وقد اتفقوا معه في الشرط أن تكون ساكنة في المدينة عند أهلها، فعلى ما اختاره المصنف رحمه الله أنه شرط يجب الوفاء به، فليس من حقه أن." (٢)

"إلى أجل، فحل الأجل أن يأخذ بثمن طعامه ما شاء طعاما، وغيره.

٢٩٠١٠ - وكذلك اختلفوا في الرجل يبيع سلعته بدراهم إلى أجل، فحل الأجل، هل له أن يأخذ فيها ذهبا أم لا ؟

٢٩٠١١ - فمذهب مالك، وأصحابه أن ذلك جائز في الدراهم من الدنانير والدنانير من الدراهم يأخذها، لما اتفقا عليه من الصرف. في حين **التراضي** قبل الافتراق.

---

(١) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٢٤٦/٩

(٢) شرح زاد المستقنع للشنقيطي، ٣٠٠/١١

٢٩٠١٢ - وهو قول أبي حنيفة، وأصحابه، إذا تقابضا في المجلس.

٢٩٠١٣ - وقال عثمان البتي: يأخذ الدنانير من الدراهم، والدراهم من الدنانير بسعر يومه، فإن افترقا لم يجز عند جميعهم، وكان على المبتاع الدراهم التي ابتاع بها السلعة حتى يتفقا، ويتقابضا قبل الافتراق.

٢٩٠١٤ - ولم يجز مالك، ولا أبو حنيفة أن يأخذ من ثمن الطعام المبيع إلى أجل طعاما، وجعلوه طعاما بطعام ليس يدا بيد.

٢٩٠١٥ - قال مالك فيمن له على رجل دراهم حالة فإنه يأخذ دنانير عنها إن شاء، وإن كانت إلى أجل لم يجز أن يبيعها بدنانير، ويأخذ في ذلك عوضا إن شاء.." (١)

"وصرفه في غير لازمه وهو صادق بثلاث صور: تولية ربه وغيره المأذون وغير المأذون الصارف فيما يلزم، ومفهومه أنه لو تولاه الغير بغير إذنه وصرفه فيما لا يلزمه فلا يلزم المضحي التصدق ببدل العوض، فالصور أربع يلزمه التصدق في ثلاث.

وشبه بمنطوق المسألة قوله: (كأرش عيب لا يمنع الاجزاء) بأن اشتراها وذبحها فوجد بها عيبا خفيفا ككونها خرقاء أو شرقاء فرجع بأرشه على بائعه فيجب التصدق به ولا يتملكه لانه بمنزلة بيع شئ منها وهو ممنوع، فلو كان العيب يمنع الاجزاء لم يجب التصدق بل يندب لان عليه بدل الضحية.

(وإنما تجب بالنذر والذبح) الواو بمعنى أو لكن اعتمدوا أنها لا تجب بالنذر وإنما تجب بالذبح فقط (فلا تجزئ إن تعيبت) عيبا يمنع الاجزاء (قبله) أي قبل شئ مما ذكر (وصنع بها ما شاء) لان عليه بدلها، فما مر من قوله: أو تعيبت حال الذبح أو قبله فيما إذا ذبحها وهذا فيما إذا لم يذبحها فما هنا م فهوم ما مر (كحبسها حتى فات الوقت) فيصنع بها ما شاء ولو منذورة (إلا أن هذا) دون الاول (آثم) أي حبسه لها دليل على أنه ارتكب إثما حتى فوته الله تعالى بسببه هذا الثواب العظيم لان الله تعالى قد يحرم الانسان الخير بذنب أصابه لا أن حبسها يوجب الاثم إذ السنة في تركها.

(و) جاز (للوارث القسم) في الاضحية الموروثة بالقرعة لانها تمييز حق لا **بالتراضي**." (٢)

"فإنه يؤجل بعد الصحة منه سنة (من يوم الحكم) لا من يوم الرفع لانه قد يتقدم عن يوم الحكم، فإن لم يترافعا وتراضيا على التأجيل فمن يوم **التراضي**.

(وإن مرض) بعد الحكم جميع السنة أو بعضها كأن يقدر في مرضه هذا علاج أو لا ولا يزاد عليها بل يطلق عليها (و) أجل (البعد نصفها) أي نصف السنة (والظاهر) عند المصنف (لا نفقة لها فيها) أي لامرأة المعترض في مدة التأجيل. وأما ابن رشد فإنما اختار عدمها في امرأة المجنون حيث لم يدخل بها، فإن دخل فلها النفقة مدة تأجيله سنة أو نصفها، ولا يصح قياس المصنف المعترض على المجنون الذي لم يدخل لان المجنون يعزل عنها والمعترض مسترسل عليها،

---

(١) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ٤٦٣، ١٠/٢٠

(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ١٢٥/٢

فالاظهر أن لامرأة المعترض النفقة كما يفيده كلامهم على المجذوم والابرص وكذا المجنون بعد الدخول فهو قياس بلا جامع.

(وصدق) المعترض (إن ادعى فيها) أي في المدة (الوطئ) بعد ضرب الاجل، وكذا إن ادعى بعدها أنه وطئ فيها (بيمين) فإن ادعى بعدها أنه وطئ بعدها لم يصدق (فإن نكل حلفت) وفرق بينهما قبل تمام السنة (وإلا) تحلف (بقيت) زوجة ولا كلام لها بعد ذلك لانها بنكولها مصدقة له على الوطئ (وإن لم يدعه) بعد السنة (طلقها) إن شاءت الزوجة بأن يأمره الحاكم به فإن طلقها فواضح (وإلا) يطلقها بأن أبى (فهل يطلق) عليه (الحاكم أو يأمرها به) أي بإيقاع الطلاق كطلقت نفسي منك وما معناه ويكون بائنا لكونه قبل البناء." (١)

"يراد لعينه فغيره لا يقوم مقامه (نقض) الصرف فلا يجوز لمن استحقت عينه أن يأتي ببدلها ويتمم الصرف (وإلا) بأن استحق المسكوك بالحضرة (صح وهل) محل الصحة (إن تراضيا) بالبدل ومن أباه منهما لا يجبر أو يصح مطلقا ومن أباه منهما جبر عليه (تردد) في المعين وأما غير المعين فلا يشترط فيه **التراضي** لقوله في المعيب وأجبر عليه إن لم تعين وقيل بل التردد جار حتى في غير المعين فلا وجه لقول المصنف معين (وللمستحق) للمصوغ أو المسكوك المصروف (إجازته) أي الصرف وإلزامه للمصطرف في الحالة التي ينقض فيها وذلك بعد المفارقة أو الطول في غير مصوغ أو فيه مطلقا وأولى في الحالة التي لا ينقض صرف المسكوك فيها وإذا أجازه كان له الرجوع على المصطرف بما أخذه فإذا كان المستحق دينارا وأخذ المصطرف نظير ذلك دراهم فإن له أن يرجع بالدراهم وليس ذلك صرفا مؤخرا لان المناجزة وقعت (إن لم يخبر المصطرف) بأن من صارفه متعد فإن أخبر بتعديه لم يكن للمستحق إجازة والمصطرف بكسر الراء اسم فاعل يطلق على كل من آخذ الدراهم وآخذ الدنانير والمراد به من استحق منه ما أخذه.

ولما فرغ من الكلام على بيع الذهب والفضة منفردين شرع في بيان بيع أحدهما بالآخر متصلا بغيره فقال: (وجاز محلى) بأحد النقدين أي بيعه إن لم يكن ثوبا كمصحف وسيف بل (وإن) كان المحلى." (٢)

"أي تساويه أو تزيد فإن نقصت رد مع الولد ما بقي.

ثم استثنى من قوله فله أخذ القديم قوله: (إلا أن يقبله) البائع (بالحادث أو يقل) العيب الحادث جدا بحيث لا يؤثر نقضا في الثمن (فكالعدم) في المسألتين فلا خيار للمشتري في التماسك وأخذ الارش بل إنما له التماسك ولا شئ أو الرد ولا شئ عليه ومثل للقليل جدا بقوله: (كوعك) بسكون العين وقد تفتح وهو أمراض يخف ألمها وهذا أولى من تفسيره بمغث الحمى أي خفيفها لئلا يتكرر مع قوله وخفيف حمى (ورمد وصداع) بضم أوله وجع الرأس (وذهاب ظفر) ولو من رائعة والظاهر أن ما زاد على الواحد متوسط في الرائعة فقط (وخفيف حمى) وهو ما لا يمنع التصرف (ووطئ ثيب وقطع) لشقة (معتاد) للمشتري أو للبلد التي يتجر بها كقطعها نصفين دلس أم لا وكجعلها قميصا أو قباء إن دلس وإلا فمتوسط وأما غير المعتاد فمفوت.

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٢٨٢/٢

(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٣٩/٣

(درس) ثم شرع في بيان القسم الثالث وهو المفيت بقوله: (و) التغ ير الحادث عند المشتري (المخرج عن) الغرض (المقصود) من المبيع (مفيت) للرد بالقديم ولو دلس البائع وإذا كان مفيتا (فالارش) متعين للمشتري على البائع عند التنازع وأما عند **التراضي** فعلى ما تراضيا عليه (ككبر صغير) عند المشتري عاقل أو غيره (وهرم) وهو ما أضعف القوى والمنفعة أو أكثرهما (وافتضاض بكر) بالقاف وبالفاء والمعتمد أنه من المتوسط ولو في العلية وما مشى عليه المصنف ضعيف." (١)

"(كقاع) أي قعر مخزن الطعام أو الاندر به بلل يسير فلا يحط عنه شئ من الثمن (وإن انفك) العيب القليل عنه عادة كابتلال بعضه بمطر أو ندى ولم يبلغ الثلث (فللبائع التزام الربع) المعيب مراده به ما دون الثلث (بحصته) ويلزم المشتري السليم بما ينوبه (لا أكثره) من الربع بالمعنى المتقدم بأن بلغ الثلث فأكثر فليس للبائع التزام المعيب وإلزامه المشتري السليم بما ينوبه بل الخيار للمشتري في التمسك بالجميع أورد الجميع (وليس للمشتري التزامه) أي التزام السليم ويلزم البائع المعيب (بحصته) وأما بجميع الثمن فله ذلك (مطلقا) كان الربع فأقل أو الثلث فأكثر إذ من حجة البائع أن يقول أبيعه ليجمل بعضه بعضا وهذا عند التنازع وأما عند **التراضي** فلا إشكال (وروجع) فيما إذا كان المبيع مقوما متعددا كعشرة أثواب كل ثوب بعشرة (للقيمة لا للتسمية) لجواز اختلاف الافراد بالجودة والرداءة ويتسامح عند بيع الجمل ة فيسمي العشرة لما يساوي أكثر منها ولما يساوي أقل (وصح) البيع إن شرطا عند عقد البيع الرجوع للقيمة بل (ولو سكتا) عن بيان الرجوع لها وللتسمية (لا إن شرطا الرجوع لها) أي للتسمية فلا يصح إلا أن تكون في الواقع موافقة للقيمة.

ولما قدم أن التلف بسماوي وقت ضمان البائع يفسخ تكلم على ما إذا حصل من مشتر أو بائع أو أجنبي ولو قدمه ثم كان أولى كما مر فقال: (أو إتلاف المشتري) وقت ضمان البائع (قبض) لما أتلفه مقوما أو مثليا فيلزمه الثمن (و) إتلاف (البائع) لمبيع على البت (والاجنبي يوجب الغرم) أي قيمة المقوم ومثل المثلى لمن الضمان منه (وكذلك إتلافه) أي من ذكر." (٢)

"فإن لم يغب عليه أو كان مما يعرف بعينه كعرض جازت

من البعض ففي المفهوم تفصيل وبالغ على جواز الاقالة من الجميع بقوله: (وإن تغير سوق شيك) يا مشتري المدفوع ثمنا في الطعام المقال فيه قبل القبض بغلاء أو رخص لان المدار على عينه وهي باقية وعدل عن ثمنك إلى شيك لئلا يتوهم أن المراد بالثمن خصوص العين أي الذهب والفضة لانها الغالب فيه أي وإن تغير سوق ثمنك كان عينا أو غيره. (لا) إن تغير (بدنه) بزيادة (كسمن دابة) دفعها ثمنا وكبرها وزوال عيبها أو نقصان كعورها (وهزالها) عند البائع فلا تجوز الاقالة لانها بيع مؤتنف لتغير رأس المال فيلزم بيع الطعام قبل قبضه (بخلاف) تغير (الامة) بسمن أو هزال فلا يفيت

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٣/١٣٠

(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٣/١٥٠

الاقالة والعبد أولى وفرق بأن الدواب تشتري للحمها والرقيق ليس كذلك وفهم من ذلك أن الامة لو تغيرت بعور أو قطع عضو لكان ذلك مفيتا وهو ظاهر (و) لا تجوز الاقالة من الطعام قبل قبضه على أن يرد عليك البائع (مثل مثليك) أيها المشتري أي مثل ثمنك المثل الذي دفعته ولا بد من قبضك الطعام إلا أن يرد عليك عين مثليك ولا الاقالة عليه ثم **التراضي** على أخذ غيره عنه ولا مع زيادة أو تأخير (إلا العين) فتجوز الاقالة قبل قبض الطعام على مثلها (وله) أي للبائع (دفع مثلها وإن كانت) عينك (بيده) إلا أن يكون البائع من ذوي الشبهات لان الدنانير والدراهم تتعين في حقه (والاقالة بيع) فيشترط فيها ما يشترط فيه ويمنعها ما يمنعه فإذا وقعت وقت نداء الجمعة فسخت وإذا حدث بالمبيع عيب وقت ضمان المشتري ولم يعلم به البائع إلا بعد الاقالة فله الرد به (إلا في الطعام) قبل قبضه فهي فيه حل بيع إن وقعت بمثل الثمن الاول لا أكثر ولا أقل في البلد الذي وقعت فيه الاقالة كما مر (و) إلا في (الشفعة) أي الاخذ بها فليست بيعا ولا حل بيع." (١)

"والاصل فيه الندب (فقط) أي دون ما لا يصح فيه السلم كدار وبستان وتراب معدن وصائغ وجوهر نفيس فلا يصح فيه القرض ولما كان السلم في الجواري جائزا ولا يصح قرضهن على الاطلاق استثناهن بقوله: (إلا جارية تحل للمستقرض) فلا يجوز قرضها لما فيه من إعارة الفروج ولذا انتفى المنع إن حرمت عليه أو كان المقترض امرأة (وردت) وجوبا إن أقرضها لمن تحل له (إلا أن تفوت بمفوت البيع الفاسد) كوطئ أو حوالة سوق فأعلى وليس الغيبة عليها بفوت على الاظهر (فالقيمة) أي فتلزم المقترض بالقيمة ولا يجوز **التراضي** على ردها إن فات بوطئ ولو ظنا كغيبة عليها على أنها مفوتة وجاز إن فاتت بحوالة سوق ونحوه وأما لو خرجت من يده فالامر ظاهر (كفاسده) أي كفاسد البيع لان القرض إذا فسد رد إلى فاسد أصله." (٢)

"(واستؤنى به) أي بالقسم (إن عرف بالدين في الموت فقط) لاحتمال طرو غريم آخر والذمة قد خربت وأما في الفلس فلا يستأني لعدم خراب الذمة لكن ذلك في المفلس الحاضر أو قريب الغيبة أو بعيدها حيث لا يخشى عليه دين وإلا استؤنى كالموت ففي مفهومه تفصيل والظاهر أن المراد ببعد الغيبة ما قابل القريبة فيشمل المتوسطة (وقوم) دين على المفلس (مخالف النقد) منه من مقوم أو مثلى بأن كان ما عليه عرضا أو طعاما متفق الصفة أو مختلفها فليس المراد بمخالف النقد من مال المفلس إذ لا يتعلق به تقويم (يوم الحصاص) أي قسم المال يقوم حالا ولو مؤجلا لانه حل بالفلس (واشترى له) أي لصاحب مخالف النقد (منه) أي من جنس دينه وصفته من طعام أو عرض (بما يخصه) في الحصاص من مال المفلس كأن يكون مال المفلس مائة دينار وعليه لشخص مائة دينار وعليه أيضا عروض تساوي مائة وطعام يساوي مائة فلصاحب المائة ثلث مائة المفلس ويشتري لصاحب العرض عرض صفة عرضه بثلثه الثاني ولصاحب الطعام صفة طعامه بالثلث الثالث وجاز مع **التراضي** أخذ الثمن إن خلا من مانع كما سيأتي (ومضى) القسم

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ١٥٥/٣

(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٢٢٣/٣

(إن رخص) السعر بالضم ككرم عند الشراء كأن يشتري لصاحب العرض بما نابه ما يزيد على الثلث ولو جميع دينه (أو غلا) كأن يشتري له به سدس دينه." (١)

"فلا يفوت (أو ذبح كبشه)

أو غيره من الحيوان (أو تتمر رطبه) الذي اشتراه مفردا عن أصله وإلا فلا يفوت إلا بجذها كما تقدم ولا يجوز التراضي على أخذ الكبش المذبوح أو التمر أو السمن إن قلنا أن التفليس ابتداء بيع وأما إن قلنا هو نقض للبيع من أصله فيجوز وشبه في عدم الاخذ قوله: (كأجير رعى) لا يكون أحق بما يرعاه في أجرة رعيه إذا فلس رب الماشية أو مات قبل دفع الاجرة بل يحاصص الغرماء وقوله: (ونحوه) أي كأجير علف أو حراسة أو صانع سلعة بحانوت ربها أو بيته لا يكون كل أحق بما بيده مما استؤجر عليه في فلس أو موت بل يحاصص (و) نحو (ذي حانوت) ودار تجمد له كراء على مكترية حتى فلس أو مات المكتري فلا يكون ربه أحق (فيما) أي بما (به) من أمتعة بل أسوة الغرماء (وراد لسلعة) على بائعها بالفعل (بعيب) اطلع عليه ففلس البائع وهي بيده وعليه ثمنها فلا يكون المشتري أحق بها بل أسوة الغرماء بناء على أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله وأما على أنه ابتداء بيع فهو أحق بها من الغرماء وقولنا بالفعل وأما لو تراضيا على الرد ففلس البائع قبله ففي كونه أحق بها قولان (وإن أخذت) المعيبة (عن دين) أي بدله كان على بائعها فاطلع آخذها على عيب فردها على من أخذت منه ثم فلس فلا يكون رادها أحق بها بل أسوة الغرماء فلا فرق بين كونه أخذها بثمن أو عن دين هذا كله في سلع البيع (وهل القرض) أي المأخوذ على وجه القرض فيفلس المقترض." (٢)

"(وفي) جواز جمع (العلو والسفل) بالقرعة لانهما كالشئ الواحد وعدم جوازه إلا بالتراضي لانهما كالشيئين المختلفين (تأويلان وأفرد كل صنف كتفاح) عن غيره من شجر خوخ ونخل ورمان فكل

صنف يفرد في قسمة القرعة عن غيره ويقسم على حدته (إن احتمل) وإلا ضم لغيره (إلا كحائط فيه شجر مختلفة) مختلطة فلا يفرد بل يقسم ما فيه بالقيمة للضرورة ويجمع لكل واحد حظه في مكان واحد ولا يضر ما يحصل له من أصناف الشجر (أو أرض بشجر) أي معه أو ملتبسة به وأرض بالجر عطف على حائط ولو حذف الكاف ونصبهما كان أحسن (متفرقة) يعني فيها شجر متفرق فإنها تقسم مع شجرها بالقيمة إذ لو قسمت الارض على حدة والاشجار على حدة ربما صار كل واحد شجره في أرض صاحبه وأما غير المتفرقة فلا يتوهم فيه إفراد الارض عن الشجر بل المنظور له الشجر والارض تبع وهو معنى قوله وأفرد كل صنف كتفاح الخ (وجاز صوف) أي قسمه (على ظهر) قبل جزه (إن جز) أي إن دخل على جزه (وإن) تأخر تمام الجز (لكنصف شهر) الاولى حذف الكاف إذ لا يجوز أكثر وأما ابتداء الجز فلا يجوز تأخيره أكثر من عشرة أيام لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه وهذه المسألة واللتان بعدها في قسمة المراضاة لا في القرعة لانها تمييز حق فيجوز لاكثر (و) جاز (أخذ وارث عرضا) من تركة مورثه في نصيبه (و) أخذ وارث

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٣/٢٧٢

(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٣/٢٨٤

(آخر دينا) يتبع به الغريم في قسمة مراضاة لا القرعة (إن جاز بيعه) أي الدين بأن حضر المدين وأقر وكان مليئا تأخذه الاحكام وأما أخذ كل واحد دينا على رجل غير الآخر فلا يجوز لما فيه من ذمة بذمة وهو لا يجوز فإن كان الدين على رجل واحد." (١)

"لثمان صور في كل من الاجر المعين وغيره لان المعين من الاجر إما أن يقع في مقابلة منافع معينة أو مضمونة وفي كل إما أن يحصل منه شروع فيها أم لا وفي كل إما أن يشترط التعجيل أو يكون العرف ذلك
وإما أن لا يكون كذلك فهذه ثمان صور: أربع منها فاسدة وهي ما إذا انتفى عرف التعجيل ولم يشترط كانت المنافع معينة أو مضمونة شرع فيها أم لا، وأربع صحيحة وهي ما إذا كان العرف التعجيل وعجل أو اشترط تعجيله في الاربعة المتقدمة وكل هذا إذا وقع عقد الاجارة على البت فإن وقع على الخيار فسدت في الثمان صور كما يستفاد من الخيار كما تقدم وأما إن وقع على أجر غير معين فإن شرط تعجيله أو جرى به عرف وجب التعجيل أيضا في الاربع صور وإلا فإن كانت المنافع معينة جاز تعجيله وتأخيره وإن كانت مضمونة فإن وقع العقد في الا بان كالحج فالواجب أحد الامرين: إما تعجيل جميع الاجر إن كان يسيرا أو اليسير منه إن كان كثيرا.
وأما الشروع فقوله: (وألا) يكن الاجر معينا ولم يشترط تعجيله ولم يجر به عرف ولم تكن المنافع مضمونة معناه لم يجب تعجيله وإذا لم يجب (فمياومة) كلما استوفى منفعة يوم أي قطعة من الزمن معينة أو تمكن من استيفائها لزمه أجرته وهذا في غير الصانع والاجير ومحله أيضا عند المشاحة وأما عند **التراضي** فيجوز تعجيل الجميع وتأخيره فإن اشترط التعجيل أو جرى به عرف عجل كما مر وأما الصانع والاجير فليس لهما أجرة إلا بعد التمام ففي المدونة: وإذا أراد الصناع والاجراء تعجيل الاجر قبل الفراغ وامتنع رب الشئ حملوا على المتعارف بين الناس فإن لم يكن لهم سنة لم يقض لهم بشئ إلا بعد الفراغ وأما في الاكرية في دار أو راحلة أو في إجارة بيع السلع ونحوه فبقدر ما مضى وليس لخياط خاط نصف القميص أخذ نصف أجرته إذا لم يأخذه على ذلك بل حتى يتمه اه والفرق بين الاجير والصانع أن بائع منفعة يده إن كان ل ا يجوز ما فيه عمله كالبناء والنجار فهو أجير." (٢)

"فالمراد مدينة القيروان أي المدينة المعلومة وهي أبعد من برقة ولم يذكر المبدأ لاتفاقهما عليه كمصر (حلفا) وبدأ الجمال لانه بائع (وفسخ) بالحكم أو **التراضي** (إن عدم السير) من أصله (أو قل) بحيث لا ضرر على الجمال في رجوعه ولا على رب الاحمال في طرحها (وإن نقد) مبالغة في التخالف والفسخ ولا ينظر في هذه لشبه ولا عدمه بدليل إطلاقه هنا وتفصيله في الآتية (وإلا) بأن كان اختلافهما بعد سير كثير أو بلوغ الغاية على دعوى الجمال (فكفوت المبيع) فيكون القول للمكتري إن أشبه فقط وحلف ولزم الجمال ما قال نقد الكراء أم لا إلا أن يحلف الجمال على ما ادعاه فيكون له حصة مسافة برقة على دعوى المكتري ويفسخ الباقي والمصنف وإن شمل بمقتضى التشبيه شبههما معا

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٥٠٣/٣

(٢) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٤/٤

إلا أنه ليس بمراد لما يأتي قريبا فالتشبيه غير تام لان المبيع إذا فات فالقول للمشتري إن أشبه سواء أشبه البائع أم لا وليس المكتري كذلك.

وأشار إلى ما إذا أشبه المكري فقط بقوله: (وللمكري) وهو الجمال إذا اختلفا (في المسافة فقط) بأن قال لبرقة وقال المكتري بل لافريقيا (إن أشبه قوله فقط) دون المكتري انتقد أم لا (أو أشبها) معا (وانتقد) المكري الكراء لترجيح جانبه بالنقد (وإن لم ينتقد حلف المكتري) على ما ادعاه (ولزم الجمال ما قال) المكتري من بقية المسافة (إلا أن يحلف الجمال أيضا (على ما ادعى) بعد حلف المكتري (فله) أي الجمال (حصة المسافة) التي ادعاها وهي

برقة القريبة (على دعوى المكتري) أن المائة لافريقيا (وفسخ الباقي) بعد برقة فيقال ما تساوي حصة برقة من ابتداء السير إلى أفريقيا بالمائة فإن قيل النصف مثلا أعطي للجمال (وإن لم يشبها) والموضوع بحاله بعد السير الكثير أو بلوغ برقة (حلفا وفسخ بكراء المثل فيما مشى) ونكولهما كحلفهما وقضى للحالف على الناكل.

وأشار للمسألة الثالثة وهي اختلافهما في المسافة والاجرة معا بقوله: (وإن قال) الجمال للمكتري (أكريتك للمدينة بمائة وبلغاها) أو سارا كثيرا وإن لم يبلغاها (وقال) المكتري (بل لمكة) إلا بعد (بأقل) كخمسين (فإن نقده) المكتري الاقل (فالقول للجمال فيما يشبه) أي مع شبه المكتري أيضا كما قيدها به ابن يونس وأب الحسن ويدل له ذكره بعد ذلك شبه الجمال وحده.

وقوله: (وحلفا) أي يحلف كل منهما على طبق دعواه وعمل بقول الجمال حينئذ لترجيح جانبه بالنقد." (١)

" أبي بكر رضي الله عنه والله لو منعوني عقالا لأنه هنا من تمام التسليم ويصدق المالك في عددها إن كان ثقة لأنه أمين وله مع ذلك أن يعدها ومراده بالمالك المخرج ولو وليا ووكيلا وإلا بأن لم يكن ثقة أو قال لا أعرف عددها فتعد وجوبا كما لا يخفى عند مضيق لأنه أسهل لعددها وأبعد عن الغلط فتمر واحدة واحدة وبيد كل من المالك والساعي أو نائبهما قضيب يشيران به إلى كل واحدة فلو ادعى رب المال الخطأ أعيد له العدد وكذا لو ظن الساعي خطأ عاده فيعاد أيضا ويسن للساعي عند أخذه الزكاة الدعاء للمالك ترغيبا له في الخير وتطييبا لقلبه بأن يقول أجرك الله فيما أعطيت وجعله لك طهورا وبارك لك فيما أبقيت ولا يتعين دعاء ويكره أن يصلى عليه في الأصح إذ ذاك خاص بالأنبياء والملائكة ما لم يقع ذلك تبعا لهم كالآل فلا تكره وهم بنو هاشم والمطلب من المؤمنين كما مر نعم من اختلف في نبوته كلقمان ومريم لا كراه ة في إفراد الصلاة والسلام عليه لارتفاعه عن حال من يقال رضي الله عنه هذا كله في الصلاة من غير الأنبياء والملائكة أما منهما فلا كراهة مطلقا لأنها حقهما فلهما الإنعام بها على غيرهما لخبر أنه صلى الله عليه وسلم قال اللهم صل على آل أبي أوفى والسلام كالصلاة فيما ذكر لكن المخاطبة به مستحبة للأحياء والأموات من المؤمنين ابتداء وواجبة جوابا كما سيأتي في محله وما يقع منه غيبة في المراسلات منزل منزلة ما يقع خطابا ويسن الترضي والترحم على غير الأنبياء من الأخيار قال في المجموع وما قاله بعض العلماء من أن التراضي مختص بالصحابة والترحم بغيرهم ضعيف قال المصنف ويستحب لكل من أعطى زكاة أو صدقة أو كفارة أو نذرا أو نحوها كإقراء درس

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٥٨/٤

وتصنيف وإفتاء أن يقول ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم باب زكاة النبات المراد به هنا الاسم بمعنى النابت لا المصدر وينقسم إلى شجر وهو ما له ساق وإلى نجم وهو ما لا ساق له كالزرع والزكاة تجب في النوعين ولذلك عبر بالنبات لشموله لهما لكن المصنف في نكت التنبيه ذكر أن استعمال النبات في الثمار غير مألوف والأصل في الباب قبل الإجماع مع ما يأتي وآتوا حقه يوم

". (١)

" به كالصرف وبيع الطعام بالطعام وما استشكل به ثبوت الخيار في الصرف مع أن القصد به تروي العاقد في اختيار الأفضل له والمماثلة شرط في الربوي فالأمران مستويان فإذا قطع بانتفاء العلة فكيف يثبت الخيار يرد بما علم مما مر أن القصد بثبوت الخيار هنا مجرد التشهي على أن هذا غفلة عما مر فيها المعلوم منه أنها لا تمنع أن أحدهما أفضل والسلم والتولية والتشريك لشمول اسم البيع لها ولو باع العبد من نفسه لم يثبت له خيار كما في المجموع ولا لسيده خلافا للزركشي ولا يرد ذلك لأن هذا عقد عتاقة لا بيع وينبغي أن يلحق به البيع الضمني لأنه لا بد فيه من تقدير دخوله في ملك المشتري قبل العتق وذلك زمن لطيف لا يتأتى معه تقدير آخر فالخيار فيه غير ممكن قاله الزركشي ويثبت أيضا في قسمة الرد فقط دون قسمتي الإفراز والتعديل ولو **بالتراضي** لأن الممتنع عنه مجبر عليه وصلح المعاوضة على غير منفعة بخلاف صلح الحطيطة فإنه في الدين إبراء وفي العين هبة أما صلح المعاوضة على منفعة فإجارة ولا يرد عليه لما سيأتي في كلامه من عدم الخيار فيها وعلى دم العمد فلا يرد أيضا لأنه معاوضة غير محضة وقد علم من سياقه أنه لا خيار فيها ولو اشترى من يعتق عليه كأصله أو فرعه فإن قلنا فيما إذا كان الخيار لهما الملك في زمن الخيار للبائع وهو مرجوح أو موقوف وهو الأصح

". (٢)

" لما نقص عنده لم يؤد لمفاضلة بين العوضين بخلاف إمساكه مع أرش القديم ومر ما لو تعذر رده لتلفه ومتى زال القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذ أو بعد أخذه رده أو الحادث بعد أخذ أرش القديم أو القضاء به امتنع فسخه بخلاف مجرد **التراضي** لا يقال تقدم أن أخذ أرش القديم **بالتراضي** ممتنع لأنا نقول عند إمكان الرد يتخيل أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وهي لا تقابل بخلافه عند عدم إمكانه فإن المقابلة تكون عما فات من وصف السلامة في المبيع وإلا بأن لم يتفقا على شيء بأن طلب أحدهما الرد مع أرش الحادث والآخر الإمساك مع أرش القديم فالأصح إجابة من طلب الإمساك والرجوع بأرش القديم بائعا كان أو مشتريا لما فيه من تقرير العقد والثاني يجاب المشتري مطلقا لتلبيس البائع

---

(١) نهاية المحتاج، ٦٩/٣

(٢) نهاية المحتاج، ٥/٤

عليه والثالث يجاب البائع مطلقا لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه بخلاف المشتري نعم لو صبغ الثوب بما زاد في قيمته ثم اطلع على عيبه فطلب المشتري أرش العيب وقال البائع بل أرده وأغرم لك قيمة الصبغ ولم يمكن فصل جميعه أجيب البائع ووجهه السبكي بأن المشتري هنا إذا أخذ الثمن وقيمة الصبغ لم يغرم شيئا وثم لو ألزمناه الرد وأرش الحادث غرمناه لا في مقابلة شيء وبذلك علم رد قول الإسنوي إنه مشكل خارج عن القواعد فإن أمكن فصل جميعه فصله ورد الثوب كما اقتضاه تعليله وصرح به الخوارزمي وغيره والمعنى يرده

". (١)

" الاستقرار لا ينافي جواز التصرف كما نصوا عليه في كتاب الزكاة فيما لو أجر داره سنين وقبض الأجرة فحكموا بالملك فيها وأوجبوا زكاتها بمجرد مضي الحول الأول على أصح الطريقين وإن كان لا يلزمه أن يخرج إلا زكاة ما استقر على الأظهر وكما حكموا بأن الزوجة تملك الصداق وتتصرف في جميعه قبل الدخول وكذلك في الموصي له بالمنفعة مدة حياته إذا أجر الدار وقبض أجرتها له التصرف فيها ويرجع المستحق بحصته من الأجرة المسماة في تركة القابض وقضية ملكها في الحال ولو مؤجلة صحة الإبراء منها وإن كان في مجلس العقد لأنه لا خيار فيها فكان كالإبراء من الثمن بعد لزومه بخلافه قبله لأن زمن الخيار كزمن العقد فكأنه باع بلا ثمن ويشترط لصحة الإجارة كون الأجرة معلومة جنسا وقدرا وصفة إن كانت في الذمة وإلا كفت مشاهدتها في إجارة العين والذمة كما مر نظيره في الثمن ويؤخذ من تشبيهها بالثمن أنها لو حلت وقد تغير النقد وجب من نقد يوم العقد لا يوم تمام العمل ولو في الجعالة إذ العبرة في الأجرة حيث كانت نقدا بنقد بلد العقد وقته فإن كانت ببادية اعتبر أقرب البلاد إليها كما بحثه الأذرعي والعبرة في أجرة المثل في الفاسدة بموضع إتلاف المنفعة نقدا ووزنا وجواز الحج بالرزق مستثنى توسعة في تحصيل العبادة على أنه ليس بإجارة كما اقتضاه كلام الروضة كالشرح الصغير خلافا للولي العراقي بل هو نوع من التراضي والمعونة فهو جعالة اغتفر فيها الجهل بالجعل كمسألة العلج فلا تصح إجارة لدار بالعمارة لها و لا لدابة بصرف أو بفعل العلف لها بفتح اللام المعلوف به وبإسكانها كما بخطه المصدر للجهل بهما وإن كان عينا كآجرتكها بدينار على أن تصرفه في عمارتها أو علفها للجهل بالصرف فتصير الأجرة مجهولة فإن صرف وقصد الرجوع به رجع وإلا فلا والأوجه أن التعليل بالجهل جرى

". (٢)

" العقب في الأصح بضم العين جمع عقبة أي نوبة لأن كلا منهما يعقب صاحبه ويركب موضعه وأما خبر البيهقي من مشى عن راحلته عقبة فكأنما أعتق رقبة وفسروها بستة أميال فلعله وضعها لغة فلا يتقيد ما هنا بذلك وخرج بإجارة العين التي الكلام فيها إجارة الذمة فتصح اتفاقا لما مر أن التأجيل فيها جائز وهو أن يؤجر دابة رجلا مثلا ليركبها بعض

---

(١) نهاية المحتاج، ٤/٥٨

(٢) نهاية المحتاج، ٥/٢٦٦

الطريق ويمشي بعضها أو يركبه المالك تناوبا أو يؤجرها رجلين مثلا ليركب ذا أياما معلومة وذا أياما كذلك تناوبا ومن ذلك آجرتك نصفها لمحل كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع ويبين البعضين في الصورتين كنصف أو ربع ما لم يكن ثم عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة كيوم ويوم أو فرسخ وفرسخ وإلا حمل عليها والمحسوب في الزمن زمن السير دون زمن النزول لعلف أو استراحة كما قاله المتولي ثم بعد صحة الإجارة يقتسمان ذلك **بالتراضي** فلو تنازع في البادئ أقرع بينهما وذلك لملكهما المنفعة معا ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة نعم لو شرط الصحة في الأولى تقدم ركوب المستأجر وإلا بطلت لتعلقها حينئذ بزمن مستقبل والقن كالدابة وقضية قوله أياما جواز جعل النوبة ثلاثة أيام فأكثر كأن يتفقا على ذلك وإن خالف العادة أو ما اتفقا عليه في العقد وهو كذلك حيث لا يضر بالدابة أو بالماشي ويحمل على ذلك كلام الروضة وغيرها ويؤخذ من نص الشافعي رضي الله عنه أنه لا بد من رضا مالك الدابة

". (١)

" وجوده إلى أرض مملوكة دال على أن اليد فيه لصاحب الأرض التي يمكن سقيها منها سواء اتسع المجرى وقلت الأرض أو عكسه وسواء المرتفع والمنخفض وليس لأحدهم أن يسقي بمائه أرضا له أخرى لا شرب لها منه سواء أحياها أم لا لأنه يجعل لها رسم شرب لم يكن كما في الروضة ولو زاد نصيب أحدهم من الماء على ري أرضه لم يلزمه بذله لشركائه بل له التصرف فيه كيف شاء ولهم أي الشركاء القسمة مهايأة مياومة مثلا كأن يسقي كل منهم يوما كسائر المشتركة ولا نظر لزيادة الماء ونقصه مع **التراضي** على أن لهم الرجوع عن ذلك فإن رجع وقد أخذ نوبته قبل أن يأخذها الآخر نوبته فعليه أجرة نوبته من النهر للمدة الذي أخذ نوبته فيها قال الزركشي ويتعين الطريق الثاني إذا تعذر ما مر لبعد أرض بعضهم عن المقسم ويتعين الطريق الأول فيما إذا كانت القناة تارة يكثر ماؤها وتارة يقل فتمتنع المهايأة حينئذ كما منعوا في لبون ليحلب هذ ا يوما وهذا يوما لما فيه من التفاوت الظاهر ا هـ وليس لأحدهم توسيع فم النهر ولا تضييقه ولا تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء ولا تأخيره ولا غرس شجرة على حافته بدون رضا الباقين كسائر الأموال المشتركة وعمارته بحسب الملك ولا يصح بيع ماء البئر والقناة منفردا عنهما لأنه يزيد شيئا فشيئا ويختلط المبيع بغيره فيتعذر التسليم فإن باعه بشرط أخذه الآن صح ولو باع صاعا من ماء راكد صح لعدم زيادته ولو باع ماء القناة مع قراره والماء جار لم يصح البيع في الجميع للجهالة وإن أفهم كلام الروضة البطلان في الماء فقط عملا بتفريق الصفقة فإن اشترى البئر وماءها الظاهر أو جزأهما شائعا وقد عرف عمقها فيهما صح وما ينبع في الثانية مشترك بينهما كالظاهر بخلاف ما لو اشتراها أو جزأها الشائع دون الماء أو أطلق فلا يصح لئلا يختلط الماءان ولو سقى زرعه بماء مغصوب ضمن الماء ببدله والغلة له لأنه المال ك للبذر فإن غرم البدل وتحلل من صاحب الماء كانت الغلة أطيب له مما لو غرم البدل فقط ولو أشعل نارا في حطب مباح لم يمنع أحدا الانتفاع بها ولا الاستصباح منها فإن كان الحطب له فله المنع من الأخذ منها لا الاصطلاء بها ولا الاستصباح منها ومهايأة في كلامه منصوب إما على الحال من المبتدإ وهو القسمة

(١) نهاية المحتاج، ٥/٢٧٨

بناء على صحة الحال منه كما ذهب إليه سيبويه وغيره أو على أنها مفعول بفعل محذوف ويجوز كون القسمة فاعلة بالظرف بناء على من جوز عمل الجار بلا اعتماد وهم الكوفيون وعليه فنصب مهايأة على الحال من الفاعل

". (١)

" عن الزوج ليفرض لها مهرا لما مر أيضا وكذا التسليم المفروض في الأصح كما لها ذلك في المسمى في العقد إذ ما فرض بعده بمنزلة ما سمى فيه والثاني لا لأنها سامحت بالمهر فكيف تضايق بتقديمه ولو خافت الفوت بالتسليم جاز لها ذلك قطعا ويشترط رضاها بما يفرضه الزوج وإلا فكما لو لم يفرض لأن الحق لها نعم إن فرض لها مهر مثلها باعترافها حالا من نقد بلدها لم يعتبر رضاها كما نقله ابن داود عن الأصحاب وانتصر له الأذرعي لأنها إذا رفعته لحاكم لم يفرض لها غيره فامتناعها تعنت وعناد لا علمها بقدر مهر المثل في الأظهر لأنه ليس بدلا عنه بل هو الواجب والثاني يشترط علمها بقدره بناء على أنه الواجب ابتداء وما يفرض بدل عنه ومحل الخلاف فيما قبل الدخول أما بعده فلا يصح تقديره إلا بعد علمهما بقدره قولا واحدا لأنه قيمة مستهلك قاله الماوردي ويجوز فرض مؤجل **بالتراضي** في الأصح كما يجوز تأجيل المسمى وال ثاني لا بناء على وجوب مهر المثل ابتداء ولا مدخل للتأجيل فيه فكذا بدله و يجوز فرض فوق مهر مثل ولو من غير جنسه لما مر أنه غير بدل وقيل لا إن كان من جنسه أي المهر لأنه بدل عنه فلا يزاد عليه ويجوز النقص عن مهر المثل بلا خلاف قاله الإمام ولو امتنع الزوج من الفرض أو تنازعا فيه أي قدر المفروض ورفع الأمر للقاضي بدعوى صحيحة فرض القاضي وإن لم يرضيا بفرضه لأنه حكم منه ومنصبه فصل الخصومات نقد البلد أي بلد الفرض فيما يظهر ولا يعارضه التعبير ببلد المرأة لاستلزام الفرض حضورها أو حضور وكيلها فالتعبير ببلد الفرض لتدخل هذه الصورة أولى وإذا اعتبر بلد الفرض أو بلدها فقد ذكروا في اعتبار قدره أنه لا يعتبر بلدها إلا إن كان بها نساء قرابتها أو بعضهن وإلا اعتبر بلدهن إن جمعهن بلد وإلا اعتبر أقربهن لبلدها فإن تعذرت معرفتهن اعتبرت أجنبيات بلدها كما يأتي والحاصل أن العبرة في الصفة ببل د ها أو ببلد

". (٢)

" قبل وطء أو بعده لا بسببها كطلاق في إيجاب المتعة سواء أكانت من الزوج كإسلامه وردته ولعانه أم من أجنبي كوطء بعضه زوجته بشبهة أو إرضاع نحو أمه لها وصورة هذا مع توقف وجوب المتعة على وطء أو تفويض وكل منهما مستحيل في الطفلة أن يزوج أمته الصغيرة بعبد تفويضا أو كافر بنته الصغيرة لكافر تفويضا وعندهم أن لا مهر لمفوضة ثم ترضعها نحو أمه فيترافعوا إلينا فيقضى لها بمتعة أو أن يتزوج طفل بكبيرة فترضعه أمها أما ما كان بسببها كإسلامها وفسخه بعيبها وعكسه أو بسببهما كأن ارتدا معا وكذا لو سبيا معا كما في البحر من القاضي أبي الطيب أنه

---

(١) نهاية المحتاج، ٣٥٧/٥

(٢) نهاية المحتاج، ٣٤٩/٦

فراق من جهتها وأنه الذي يقتضيه مذهب الشافعي لأنها تملك بالحيازة بخلاف الزوج قال فإن كان صغيرا أي أو مجنونا احتمل أن لها المتعة والمعتمد خلافه وكذا لو ملكها مع أنها فرقة لا بسببها وفرق الرافعي بين المهر والمتعة بأن موجب المهر من العقد جرى بملك الب ا ئع والمتعة إنما تجب بالفرقة وهي حاصلة بملك الزوج فكيف تجب هي له على نفسه ولذا لو باعها من أجنبي فطلقها الزوج قبل وطء كان المهر للبائع كما مر ولو كانت مفوضة كانت المتعة للمشتري ويستحب أن لا تنقص عن ثلاثين درهما أو مساويها ويسن أن لا تبلغ نصف مهر المثل كما قاله ابن المقري وإن بلغته أو جاوزته جاز لإطلاق الآية قال البلقيني وغيره ولا تزيد أي وجوبا على مهر المثل ولم يذكروه انتهى ومحله ما إذا فرضه الحاكم ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر منها أن الحاكم لا يبلغ بحكومة عضو مقدره ومنها أن لا يبلغ بالتعزير الحد وغير ذلك أما إذا اتفق عليها الزوجان فلا يشترط ذلك ويحمل على هذا كلام من اعترض على البلقيني وقال الأوجه خلاف كلامه بل مقتضى النظائر أن لا تصل إلى مهر المثل إذا فرضها القاضي وهو ظاهر فإن تنازعا قدرها القاضي بنظره أي اجتهاده معتبرا حالهما أي ما يليق بيساره ونحو نسبها وصفاتها السابقة في مهر المثل وقيل حاله لظاهر على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ويرد بأن قوله تعالى بعد وللمطلقات متاع بالمعروف فيه إشارة إلى اعتبار حالهن أيضا وقيل حالها لأنها كالبدل عن المهر وهو معتبر بها وحدها وقيل المعتبر أقل مال يجوز جعله صداقا ورد بأن المهر **بالتراضي**

"(١).

" القولان فإن قيل بدله مثله أو قيمته قلنا إنما يجب هذا فيما إذا وقع الطلاق بالمسمى ثم تلف وكأن وجه وجوبه مع الفساد على خلاف القاعدة أن الفساد هنا ليس في ذات العوض ولا مقابله بل في الزمن التابع فلم ينظر له وإن قال إذا أو إن دخلت الدار فأنت طالق بألف فقبلت فورا كما أفادته الفاء ودخلت ولو على التراخي طلقت على الصحيح لوجود المعلق عليه مع القبول والثاني لا تطلق لأن المعاوضة لا تقبل التعليق فيمتنع معه ثبوت المال فينتفي الطلاق المربوط به ويقع الطلاق بائنا بالمسمى كما في الطلاق المنجز ولا يتوقف وجوبه على الطلاق بل يجب تسليمه في الحال كسائر الأعواض المطلقة والمعوض تأخر **بالتراضي** لوقوعه في ضمن التعليق بخلاف المنجز يجب فيه تقارن العوضين في الملك وقوله بالمسمى لا يقتضي ترجيح الضعيف أنه لا يجب تسليمه إلا عند وجود الصفة خلافا لمن ادعاه لأنه إنما ذكره كذلك لإفادة البينونة وفي وجه أو قول بمهر مثل لأن المعاوضة لا تقبل التعليق ويرد بأن هذا معاوضة غير محضة واستثني من صحة تعليق الخلع بالمسمى ما لو قال إن كنت حاملا فأنت طالق على مائة وهي حامل في غالب الظن فتطلق إذا أعطته وله عليها مهر مثل كما حكاه الرافعي عن نص الإملاء ويصح اختلاع أجنبي وإن كرهته الزوجة لأن الطلاق يستقل به الزوج والالتزام يتأتى من الأجنبي لأن الله سمى بالخلع فداء كفداء الأسير وقد

(١) نهاية المحتاج، ٦/٣٦٥

يحمله عليه ما بينهما من الشر وهو كاختلاعها لفظا أي في ألفاظ الالتزام السابقة وحكما في جميع ما مر فهو من الزوج ابتداء صيغة معاوضة بشوب تعليق فله الرجوع

---

(١) ".

" بالطلاق فلم تسقط بالموت لكن حكى الجرجاني طرد القولين فيها ويوافقه إطلاق الكتاب هنا و يجب لمعتدة فسخ بعيب أو ردة أو إسلام أو رضاع أيضا على المذهب لأنها معتدة عن نكاح صحيح بفرقة في الحياة فأشبهت المطلقة تحصينا للماء والطريق الثاني على قولين كالمعتدة عن وفاة وسكت المصنف عن استثناء الناشزة في عدة الوفاة والفسخ للعلم مما ذكره في الطلاق لاستوائهما في الحكم كما صرح به القاضي والمتولي فيمن مات عنها ناشزا وتجب السكنى للملاعنة كما نقل في الروضة عن البغوي القطع به ولو طلب الزوج إسكان معتدة لم تجب سكناها لزمتها الإجابة حفظا لمائه ويقوم وارثه مقامه لأن له غرضا في صون ماء وارثه بل غير الوارث في ذلك كالوارث كما قاله الروياني تبعا للماوردي أي حيث لا ريبة ويفارق عدم لزوم إجابة أجنبي بوفاء دين ميت أو مفلس بخلاف الوارث بأن ملازمة المعتدة للسكنى حق لله تعالى لا بدل له فلزم ال قبول لئلا يتعطل وبأن حفظ الأنساب من مهمات الأمور المطلوبة بخلاف الدين وبأنه إنما يرد لو كان التبرع عليها وهو إنما توجه على الميت فإن لم يوجد متبرع سن للإمام إسكانها من بيت المال حيث لا تركة لا سيما عند اتهامها بريبة وإن لم يسكنها أحد سكنت حيث شاءت و إنما تسكن بضم أوله كما بخطه أي المعتدة حيث وجب سكناها في مسكن مستحق للزوج لائق بها كانت فيه عند الفرقة بموت أو غيره للآية وحديث فريعة المارين وليس لزوج وغيره إخراجها ولا لها خروج منه وإن رضي به الزوج حيث لا عذر كما يأتي لأن في العدة حقا له تعالى وهو لا يسقط **بالتراضي** لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وشمل كلامه الرجعية وبه صرح في النهاية

---

(٢) ".

" الفجر تلزمه تلك المؤن فلم تسقط بما فعلته وكذا عليه مؤنة اللحم وما يطبخ به أي وإن أكلته نيئا أخذا مما ذكر ولو طلب أحدهما بدل الحب مثلا من نحو دقيق أو قيمة بأن طلبته هي أو بذله هو فذكر الطلب فيه للتغليب أو لكون بذله متضمنا لطلبه منها قبول ما بذله لم يجبر الممتنع لأنه اعتياض وشرطه **التراضي** فإن اعتاضت عن واجبها في اليوم نقدا أو عرضا من الزوج لا غيره كما قاله ابن المقري وإن اعترضه الشارح بالجواز من غيره أيضا بناء على الأصح أنه يجوز بيع الدين لغير من عليه جاز في الأصح كالقرض بجامع استقرار كل في الذمة لمعين فخرج بالاستقرار المسلم فيه

---

(١) نهاية المحتاج، ٤١٧/٦

(٢) نهاية المحتاج، ١٥٥/٧

والنفقة المستقبلة كما جزما به ونقله غيرهما عن الأصحاب لأنها معرضة للسقوط إلا خبزا ودقيقا ونحوهما فلا يجوز أن يتعوضه عن الحب الموافق له جنسا على المذهب لأنه ربا ونقل الأذرعي مقابله عن كثيرين ثم حمل الأول على ما إذا وقع اعتياض بعقد والثاني على ما إذا كان مجرد استيفاء قال وهو المختار وعليه العمل قديما وحديثا والمعتمد الإطلاق وإن زعم أنه يؤيده قولهم ولو أكلت مختارة عنده معه على العادة أو وحدها أو أضافها شخص إكراما له سقطت نفقتها إن أكلت قدر الكفاية وإلا رجعت بالتفاوت كما رجحه الزركشي وقطع به ابن العماد قال وتصدق هي في قدر ما أكلته لأن الأصل عدم قبضها ما نفته في الأصح لإطباق الناس عليه في زمنه صلى الله عليه وسلم وبعده ولم ينقل خلافه ولم يبين أن لهن الرجوع ولم يقض ذلك من تركة من مات والثاني لا تسقط لأنه لم يؤد الواجب وتطوع بغيره

---

(١) ".

" حيث لا ضرر لكن أفتى الحناطي بأنه يسن عدمها إلا لحاجة ولا يكلف رقيقه عملا على الدوام إلا عملا يطيقه على الدوام فيجوز له تكليفه إياه ويتبع في تكليفه ما يطيقه العادة كإراحته في وقت القيلولة والاستمتاع وفي العمل طرفي النهار وإراحته من العمل إما في الليل إن استعمله نهارا أو في النهار إن استعمله ليلا وإن اعتادوا خدمة الأرقاء نهارا مع طرفي الليل اتبعت عادتهم فعلم أنه لا يجوز له أن يكلفه عملا على الدوام لا يطيقه لخبر مسلم المار فلا يجوز له أن يكلفه عملا على الدوام يقدر عليه يوما أو يومين ثم يعجز عنه فعلم أنه يجوز له أن يكلفه الأعمال الشاقة في بعض الأوقات ولو كلف رقيقه ما لا يطيقه أو حمل أمته على الفساد أجبر على بيع كل منهما إن تعين طريقا في خلاصه كما قيده الأذرعي ويجب على الرقيق بذل جهده في العمل وترك الكسل فيه وتجوز مخارجته أي القن بشرط رضاهما فليس لأحدهما إجبار الآخر عليها لأنها عقد معاوضة فاعتبر فيه **التراضي** كغيره ويؤخذ من كونها عقد معاوضة اعتبار الصيغة من الجانبين وأن صريحها خارجتك وما اشتق منه وأن كنايتها باذلتك على كسبك بكذا ونحوه وهي خراج معلوم يؤديه كل يوم أو أسبوع أو شهر أو سنة مما يكسبه حسبما يتفقان عليه ففي الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم أعطى أبا طيبة صاعين أو صاعا من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه خراجه وروى البيهقي أنه كان للزبير ألف مملوك يؤدون الخراج لا يدخل بيته من خراجهم شيئا بل يتصدق بجميعه ومع ذلك بلغت تركته خمسين ألف ألف ومائتي ألف رواه البيهقي ويشترط أن يكون له كسب مباح دائم يفي بالخراج فاضلا عن نفقته وكسوته إن جعلهما فيه فإن زاد كسبه على ذلك فالزيادة بر وتوسيع من سيده له وأن يكون ممن يصح تصرفه لنفسه لو كان حرا كما هو ظاهر ولو خارجه على ما لا يحتمله

---

(٢) ".

---

(١) نهاية المحتاج، ٧/١٩٠

(٢) نهاية المحتاج، ٧/٢٤٠

" فإن اشتد ولم ير أو كان إلى الآن بذرا لم تصح قسمته للجهل به فتعدل أي تساوى السهام أي عند عدم **التراضي** أو حيث كان في الشركاء محجور عليه كما يعلم مما يأتي كيلا في المكيل أو وزنا في الموزون أو ذرعا في المذروع أو عدا في المعدود بعدد الأنصباء إن استوت فإن كانت بين ثلاثة أثلاثا جعلت ثلاثة أجزاء ويؤخذ ثلاثة رقاع متساوية ويكتب هنا وفيما يأتي من بقية الأنواع في كل رقعة إما اسم شريك إن كتب أسماء الشركاء ليخرج على السهام أو جزء بالرفع كما يصرح به عبارة الروضة أي هو مع مميز كما يأتي إن كتب السهام لتخرج على أسماء الشركاء مميز عن البقية بحد أو جهة مثلا وتدرج الرقع في بنادق ويندب كونها في بنادق مستوية وزنا وشكلا من نحو طين أو شمع لأنها لو تفاوتت لربما سبقت اليد إلى الكبيرة وفيه ترجيح لصاحبها ولا ينحصر فيما ذكر بل يجوز نحو أقلام ومختلف كدواة وقلم ثم توضع في حجر من لم يحضر و كونه مغفلا أولى ثم يخرج من لم يحضرها أي الواقعة رقعة أما على الجزء الأول إن كتب الأسماء في الرقاع فيعطي من خرج اسمه ثم يؤمر بإخراج أخرى على الجزء الذي يليه وتعطى من خرج اسمه ويتعين الآخر للآخر بلا قرعة وكذا فيما يأتي أو يخرج على اسم زيد مثلا إن كتب الأجزاء أي أسماءها في الرقاع فيخرج رقعة على اسم زيد وأخرى على اسم عمرو وهكذا ومن يبتدأ به هنا وفيما قبله من الأجزاء أو الأسماء منوط بنظر القاسم إذ لا تهمة ولا تمييز فإن اختلفت الأنصباء كنصف وثلث وسدس في أرض أو نحوها جزئت الأرض أو نحوها على أقل السهام كستة هنا لتؤدي القليل والكثير بذلك من غير حيف ولا شطط وقسمت كما سبق لكن الأولى هنا كتابة الأسماء لأنه لو كتب الأجزاء وأخرج على الأسماء فربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس فيفرق بذلك ملك من له الثلث أو النصف و هو لا يجوز إذ يجب عليه أن يحترز عن تفريق حصة واحد والمجوزون لكتابة الأجزاء احترزوا عن التفريق بقولهم لا يخرج لصاحب السدس أولا لأن التفريق إنما جاء من قبله بل يبدأ بذي النصف فإن خرج على اسمه الجزء الأول أو الثاني أعطيهما والثالث ويثني بذي الثلث فإن خرج على اسمه الجزء الرابع أعطيه والخامس وعلى هذا القياس وأخذ من ذلك أنه لو كان بينهما أرض مستوية الأجزاء ولأحدهما أرض تليها فطلب قسمتها وأن يكون نصيبه إلى جهة أرضه أجيب حيث لا ضرر كما قد يدل على ذلك قولهم في باب الصلح أجبر على قسمة عرصة ولو طولا ليختص كل بما يليه قبل البناء أو بعد الهدم ويوافقه قولهم لو أراد جمع من الشركاء بقاء شركتهم وطلبوا من الباقين أن يتميزوا عنهم بجانب ويكون حق المتفقين متصلا فإن كان نصيب كل لو انفرد لم ينتفع به أجيبوا واعلم أنه قد يفهم مما ذكره في حالة تساوي الأجزاء واختلافها أن الشركاء الكاملين لو تراضوا على خلاف ذلك امتنع وهو غير مراد بل ا لتفاوت جائز برضا جميعهم الكاملين وإن كان جزافا كما يظهر من إطلاقهم ولو في الربوي بناء على أن هذه القسمة إفراز

". (١)

(١) نهاية المحتاج، ٢٨٧/٨

" لا بيع والربا إنما يتصور جريانه في العقد دون غيره ويعلم مما تقرر أنها لو كانت بيعا امتنع ذلك في الربوي إذ لا يجوز لأحد أخذ زائد على حقه فيه ولو مع الرضا فيأتي فيه هنا جميع ما مر في باب الربا في متحدي الجنس ومختلفيه وفي قاعدة مد عجوة وتصح قسمة الإفراز فيما تعلقت الزكاة به قبل إخراجها ثم يخرج كل زكاة ما آل إليه ولا يتوقف صحة تصرف ما أخرج على إخراج الآخر وقد نقل الإمام عن الأصحاب أنهما لو تراضيا بالتفاوت جاز وما نازعهم به من أن الوجه منعه في الإفراز مردود ويؤيد ما ذكرناه تصريحهم بجواز قسمة الثمر على الشجر ولو مختلطا من نحو بسر ورطب ومنصف وتمر جاف خرصا بناء على أنها إفراز وهو صريح في ذلك الثاني القسمة بالتعديل بأن تعدل السهام بالقيمة كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماء ونحوهما مما يرفع قيمة أحد الطرفين على الآخر كبستان بعضه نخل وبعضه عنب ودار بعضه ا من حجر وبعضها من لبن فيكون الثلث لجودته كالثلثين قيمة فيجعل سهما وهما سهمان إن كانت نصفين فإن اختلفت كنصف وثلث وسدس جعلت ستة أجزاء بالقيمة لا بالمساحة فعلم أنه لا بد من علم القيمة عند التجزئة ويجبر الممتنع منها عليها أي قسمة التعديل في الأظهر إلحاقا للتساوي في القيمة به في الأجزاء نعم إن أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده لم يجبر عليها فيهما كأرضين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء فلا يجبر عن التعديل كما بحثاه ولا يمنع من الإجبار في المنقسم الحاجة إلى بقاء طريق ونحوها مشاعة بينهم يمر كل منهما فيها إلى ما خرج له إذا لم يمكن إفراد كل بطريق ولو اقتسما **بالتراضي** المتسفل لواحد والمستعلي لآخر ولم يتعرضا للسطح بقي مشتركا بينهما كما هو ظاهر وكأنه إنما لم ينظر لبقاء العلقة بينهما لأن السطح تابع كالطريق والثاني لا لاختلاف الأغراض والمنافع ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين سو ا ء أكانا متلاصقين أم لا فطلب جعل كل لواحد فلا إجبار لأن الأغراض تختلف باختلاف المحل والأبنية نعم لو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة مستوية القيمة لا يحتمل آحادها القسمة فطلب أحدهما قسمة أعيانها أجيب إن زالت الشركة بها قال الجيلي إلا أن تنقص القيمة بقسمتها وخرج بقوله كل لواحد ما لو لم يطلب أحد خصوص ذلك فيجبر الممتنع أو استوت قيمة متقوم نحو عبيد أو ثياب من نوع وصنف واحد فطلب جعل كل لواحد كثلاثة أعبد مستوية كذلك بين ثلاثة وكثلاثة يساوي اثنان منها واحدا بين اثنين أجبر إن زالت الشركة بها لقلة اختلاف الأغراض فيها أو من نوعين أو صنفين كهندي وتركي وضائنتين مصرية وشامية استوت قيمتهما أم لا وكعبد وثوب فلا إجبار لشدة تعلق الغرض بكل نوع وعند الرضا بالتفاوت في قسمة هي بيع قال الإمام لا بد من لفظ البيع لأن لفظ القسمة يدل على التساوي لكن نازعه البلقيني إذا جرى أمر ملزم وهو ال قبض بالإذن أي ويكون الزائد عند العلم كالموهوب المقبوض ولمستأجري أرض تناوبها وقسمتها وهل يدخلها الإجبار وجهان وقضية الإجبار في كراء العقب

". (١)

---

(١) نهاية المحتاج، ٢٨٨/٨

" حصة صاحبه بما له في حصته وصححه الشيخان في أوائل الربا وزكاة المعشرات ويجوز قسمة الوقف من الملك أو وقف آخر إن كانت إفرازا لا بيعا سواء أكان الطالب المالك أم الناظر أم الموقوف عليهم ونظير ذلك ما في المجموع في الأضحية إذا اشترك جمع في بدنة أو بقرة لم تجز القسمة إن قلنا إنها بيع على المذهب وبين أرباب الوقف تمتنع مطلقا لأن فيه تغييرا لشرطه قال البلقيني هذا إذا صدر الوقف من واحد على سبيل واحد فإن صدر من اثنين فقد جزم الماوردي بجواز القسمة كما تجوز قسمة الوقف عن الملك وذلك أرجح من جهة المعنى وأفتيت به انتهى وكلامه متدافع فيما إذا صدر من واحد على سبيلين أو عكسه والأقرب في الأول بمقتضى ما قاله الجواز وفي الثاني عدمه نعم لا تمتنع المهايأة حيث رضوا بها لانتفاء التغيير بها ولعدم لزومها ويشترط في قسمة الرد الرضا باللفظ بعد خروج القرعة لأنها بيع وهو لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي بعده ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه كقسمة تعديل وإفراز اشترط فيما إذا كان هناك قرعة الرضا بعد القرعة في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة أو بهذا أو بما أخرجته القرعة أما في قسمة التعديل فلأنها بيع كقسمة الرد وأما في غيرها فقياسا عليها لأن الرضا أمر خفي فوجب أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه ولا يشترط لفظ نحو بيع وإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين والآخر الآخر أو أحدهما الخسيس والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة لتراض آخر أما قسمة ما قسم إجبارا فلا يعتبر الرضا فيها لا قبل القرعة ولا بعدها واعترضت عبارته بأن فيها خللا من أوجه إذ ما لا إجبار فيه قسمة الرد فقط وقد جزم باشتراط الرضا فلزم التكرار والجزم أولا وحكاية الخلاف ثانيا وأنه عبر بالأصح وفي الروضة بالصحيح وأنه عكس ما بأصله فإنه لم يذكر فيه هذا الخلاف إلا في قسمة الإجبار فكأنه في الكتاب أراد أن يكتب ما فيه إجبار فكتب ما لا إجبار فيه ولعل عبارته ما لا إجبار فيه فحرفت وبهذا يزول التكرار والتناقض والتعاكس وأنه أطلق الخلاف وأجيب بأن مراده بما لا إجبار فيه كما دل عليه السياق أنه لا إجبار فيه الآن باعتبار جريانه بالرضا وإن كان أصله الإجبار وعبارة المحرر القسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي والمراد بها ما ذكرناه أيضا وقد أشار الشارح إلى ذلك غير أن دعواه أصرحية عبارة الكتاب على الأصل محل نظر لا يخفى ولو ثبت بإقرار أو علم قاض أو يمين رد أو

(١) ".

"@- لاَ تُبَاعُ الثَّمَرَةُ قَبْلَ زَهْوِهَا إِلاَّ مَعَ أَصْلِهَا أَوْ عَلَى الْقَطْعِ، وَالإِطْلاَقُ مُبْطِلٌ كَاشْتِرَاطِ التَّبْقِيَةِ فَزَهْوُ النَّخْلِ الْحُمْرَةُ وَالصُّفْرَةُ، وَغَيْرُهَا طِيبُ أَكْلِهَا، فَيُبَاعُ الجنْسُ بِطِيبِ بَعْضِهِ وَلَوْ فِي أَصْلٍ وَاحِدٍ إِنْ كَانَ مُتَلاَحِقاً لاَ بِطِيبِ مُبْكَرَةٍ وَلاَ شِتْوِيٍّ بِطِيبِ صَيْفِيٍّ وَالْوَرْدُ وَنَحْوُهُ مِنَ النَّورِ بِظُهُورِ بَعْضِهِ وَلَهُ إِلَى آخِرِ إِبَّانِهِ وَالْمَقَاثِيُّ وَالْمَبَاطِيخُ وَالْمُغَيَّبُ، كَالجَزَرِ وَالْفُجْلِ إِذَا أَطْعَمَ وَالْمَوْزِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ كَالْقَصَبِ، وَيَجُوزُ جُزْءاً مَعْلُوماً أَوْ حُزَماً وَالْبَقْلُ إِذَا أَمْكَنَ جَزُّهُ وَالْقَصِيلُ حُزَماً أَوْ مَعَ الأَرْضِ أَوْ بِشَرْطِ الْقَطْعِ لاَ عَلَى التَّبْقِيَةِ وَلاَ الْحَبُّ قَبْلَ يُبْسِهِ وَاسْتِغْنَائِهِ عَنِ الْمَاءِ وَالثَّمَرَةُ الْمُؤَبَّرَةُ لِلْبَائِعِ كَالزَّرْعِ الظَّاهِرِ وَغَيْرُهُمَا تَابِعٌ، وَالتَّأْبِيرُ تَشْقِيقُ الطَّلْعِ وَتَلْقِيحُهُ وَغَيْرُهُ ظُهُورُ الثَّمَرَةِ مِنْ أَكْمَامِهَا، وَيَجُوزُ بَيْعُهَا جِزَافاً لاَ خَرْصاً، وَاسْتِثْنَاءُ جُزْءٍ مَعْلُومٍ

(١) نهاية المحتاج، ٢٩٠/٨

مَا كَانَ، وَفِي كَيْلٍ أَوْ أَرْطَالٍ أَوْ نَخْلاَتٍ مَا لاَ يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ وَبَيْعُ قَدْرٍ مَعْلُومٍ مِنْ حَائِطٍ مُعَيَّنٍ فَإِنْ نَفِذَتْ ثَمَرَتُهُ قَبْلَ اسْتِيفَائِهِ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الرُّجُوعِ بِبَقِيَّةِ رَأْسِ مَالِهِ وَتَكُونُ إِقَالَةً فِي الْبَعْضِ **وَالتَّرَاضِي** عَلَى شَيْءٍ عِوَضاً عَنْهُ لاَ عَنْ ثَمَرِهِ، وَلاَ يَجُوزُ اسْتِثْنَاءُ مَا لاَ يَجُوزُ بَيْعُهُ كَالْمَجْهُولِ صِفَةً وَقَدْراً وَالْمُحَرَّمِ مَنْفَعَةً وَعَيْناً وَلاَ احْتِكَارُهُ (١) وَلاَ يُسَعَّرُ عَلَى النَّاسِ، وَمَنْ نَقَصَ سِعْرَاً." (١)

" – لا تباع الثمرة قبل زهوها إلا مع أصلها أو على القطع والإطلاق مبطل كاشتراط التبقية فزهو النخل الحمرة والصفرة وغيرها طيب أكلها فيباع الجنس بطيب بعضه ولو في أصل واحد إن كان متلاحقا لا بطيب مبكرة ولا شتوي بطيب صيفي والورد ونحوه من النور بظهور بعضه وله إلى آخر إبانه والمقاثي والمباطيح والمغيب كالجزر والفجل إذا أطعم والموز إلى أجل معلوم كالقصب ويجوز جزءا معلوما أو حزما والبقل إذا أمكن جزه والقصيل حزما أو مع الأرض أو بشرط القطع لا على التبقية ولا الحب قبل يبسه واستغنائه عن الماء والثمرة المؤبرة للبائع كالزرع الظاهر وغيرهما تابع والتأبير تشقيق الطلع وتلقيحه وغيره ظهور الثمرة من أكمامها ويجوز بيعها جزافا لا خرصا واستثناء جزء معلوم ما كان وفي كيل أو أرطال أو نخلات ما لا يزيد على الثلث وبيع قدر معلوم من حائط معين فإن نفذت ثمرته قبل استيفائه فهو مخير بين الرجوع ببقية رأس ماله وتكون إقالة في البعض **والتراضي** على شيء عوضا عنه لا عن ثمره ولا يجوز استثناء ما لا يجوز بيعة كالمجهول صفة وقدرا والمحرم منفعة وعينا ولا احتكاره (١) ولا يسعر على الناس ومن نقص سعرا أمر أن يلحق بالناس أو يقام من السوق

---

(١) لورد النهي عن احتكار الطعام انتظارا لغلاته مع حاجة الناس اليه وفي الموطأ بلاغا عن عمر قال لاحكرة في سوقنا لايعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب – جمع ذهب – إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا إلخ وفي الموطأ بلاغا أيضا عن عثمان أنه كان ينهى عن الحكرة وأما نقص السعر ففي الموطأ عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق يعني بسعر دون سعر الناس فقال له عمر إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا وأما تسعير السلع والبضائع إذا اقتضته المصلحة فهو جائز بشرط أن يجمع الامام وجوه أهل السوق ويحضر غيرهم استظهارا على صدقهم ويحدد سعرا يكون فيه مصلحة لهم وللجمهور وامتناع النبي صلى الله عليه و سلم من التسعير بعد قول الصحابة له سعر لنا لا يدل على حرمته بل هو محمول على عدم الحاجة إليه إذ ذاك مع الارشاد إلى سلوك طريق الورع والاحتياط مثل هذا مما لعله لايخلو من إجحاف بالتجار أو بالجمهور بدليل قوله صلى الله عليه و سلم " وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلة في دم ولا مال " ." (٢)

---

(١) إرشاد السالك، ص/١٤٥

(٢) أشرف المسالك، ص/١٨٩

"وَ أُمُّهَا أَيْضًا وَ إِنْ لَمْ تُقْرَبِ ... وَ زَوْجَةُ ابْنٍ ثُمَّ زَوْجَةُ الأَبِ

كَذَاكَ أُخْتُ زَوْجَةٍ أَنْ تَجْتَمِعْ ... مَعْهَا وَ أُمًّا بَعْدَهَا لَمْ تَمْتَنِعْ

وَ جَمْعُهَا مَعْ خَالَةٍ أَوْ عَمَّةِ ... لَهَا حَرَامٌ بِاتِّفَاقِ الأُمَّةِ

وَ كُلُّ مَنْ بِغَيْرِهَا لَمْ تَجْتَمِعْ ... فَوَطْؤُهَا بِالمِلْكِ مَعْهَا مُمْتَنِعْ

وَ حَرَّمُوا مِنَ الرَّضَاعِ مَا وَجَبْ ... تَحْرِيمُهُ مِنَ النِّسَاءِ بِالنَّسَبْ

فصل في مثبتات الخيار

مِنَ العُيُوبِ خَمْسَةٌ بِهَا يُرَدْ ... كُلٌّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ مَعْ فَسْخٍ وَرَدْ

فَبِالجُنُونِ وَ الجُذَامِ وَ البَرَصْ ... فَسْخُ النِّكَاحِ لِلَّذِي مِنْهَا خَلَصْ

أَوْ كَانَ مِثْلَ غَيْرِهِ فِي عِلَّتِهْ ... وَ خُيِّرَتْ بِجَبِّهِ وَ عُنَّتِهْ

وَ خَيَّرُوهُ إِنْ يَكُنْ بِهَا رَتَقْ ... أَوْ قَرَنٌ فِي فَسْخِهِ كَمَا سَبَقْ

فصل في الصداق

ذِكْرُ الصَّدَاقِ سُنَّةٌ فَلَوْ نَكَحْ ... بِلاَ صَدَاقٍ حَالَةَ التَّفْوِيضِ صَحْ

وَ لَمْ يَجِبْ إِلاَّ بِفَرْضِ قَاضِي ... أَوْ بِالْتِزَامِ الزَّوْجِ **بِالتَّرَاضِي**

أَوْ بِالدُّخُولِ فَهُوَ مَهْرُ مِثْلِهَا ... وَ الإِعْتِبَارُ بِالنِّسَا مِنْ أَهْلِهَا

وَ فِي سِوَى التَّفْوِيضِ إِنْ سَمَّى لَهَا ... مَهْرًا وَ إِلاَّ فَهْوَ مَهْرُ مِثْلِهَا

ثُمَّ الكَثِيرُ وَ القَلِيلُ يُجْعَلُ ... مَهْرًا وَ لَكِنْ شَرْطُهُ التَمَوُّلُ

عَيْنًا وَ دَيْنًا مُطْلَقًا وَ مَنْفَعَهْ ... وَ جَازَ حَبْسُ نَفْسِهَا لِيَدْفَعَهْ

وَ بِالطَّلاَقِ قَبْلَ وَطْءٍ شُطِّرَا ... وَ حَيْثُ مَاتَ وَاحِدٌ تَقَرَّرَا

وَ سُنَّ مَعْ دُخُولِهِ أَنْ يُولِمَا ... لَكِنْ حُضُورُ مَنْ دُعِي تَحَتَّمَا

إِنْ لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ كَأَمْرٍ يُجْتَنَبْ ... وَ لَمْ يَخُصَّ الأَغْنِيَاءَ بِالطَّلَبْ

باب القسم و النشوز." (١)

""""""""" صفحة رقم ٢١٩ """""""

تنبيه : ولا يجوز قسم اللبن في ضروع ولو بالمراضاة فلا يجوز للوارثين مثلا أن يحلب أحدهما بقرة والآخر بقرة أو شاة لأنه مخاطرة وقمار وبيع لبن بلبن من غير كيل إلا لفضل بين ، فيجوز قسمه حينئذ **بالتراضي** كما مر في القفيز ، وفيه الجواز في المدونة مع الفضل البين بكونه على وجه المعروف ، وكونه إذا هلك ما بيده من الغنم رجع فيما بيد صاحبه قال فيها : لأن أحدهما ترك للآخر حينئذ فضلا بغير معنى القسم اه . قال أبو الحسن : يظهر من هذا التعليل أنه حيث كان يترك أحدهما للآخر فضلا بغير معنى القسم أن ذلك لا يمتنع في جميع ما يحرم فيه التفاضل ، وهذا تنبيه على

---

(١) نهاية التدريب، ص/٤٣

العلة كقوله تعالى : فإنه رجس أو فسقا ﴾ (الأنعام : ١٤٥) وذكر الفقيه راشد عن شيخه أبي محمد صالح أنه قال : الأدلة التي بنى عليها مالك مذهبه ستة عشر : نص الكتاب وظاهر الكتاب وهو العموم ، ودليل الكتاب وهو مفهوم المخالفة ، ومفهوم الكتاب وهو باب آخر ، وتنبيه الكتاب وهو التنبيه على العلة كقوله تعالى : فإنه رجس أو فسقا ﴾ . ومن السنة أيضا مثل هذه الخمسة ، فهذه عشرة . والحادي عشر الإجماع ، والثاني عشر والثالث عشر عمل أهل المدينة ، والرابع عشر قول الصحابي ، والخامس عشر الاستحسان ، والسادس عشر الحكم بسد الذرائع . واختلف قوله في السابع عشر وهو مراعاة الخلاف فمرة يراعيه ومرة لا يراعيه . أبو الحسن : ومن ذلك الاستصحاب اه .

وأعملت حتى على المحجور

حيث بدا السداد في المشهور

(وأعملت) هي أي قسمة الوفاق والمراضاة ولو في الأجناس المختلفة والأصناف المتباينة والبعيدة بعضها من بعض على الناس كلهم (حتى على المحجور) منهم كصبي وسفيه ومجنون ومفلس (حيث بدا) ظهر (السداد) أي وثبت بالبينة (في المشهور) المعمول به خلافا لابن الهندي في قوله : بعدم جواز القسم بها على المحجور ونحوه في العتبية . قال الباجي : وإجازته في المدونة شراء الوصي لبعض ما يليه من بعض . يرد قول ابن الهندي اه . ومحل جوازها على المحجور إذا لم تكن بينه وبين حاجره وإلا فلا يجوز ، ولو ظهر السداد على الراجح المعمول به من أنه لا بد من الرفع للإمام فيقدم من يقسم بينه وبين محاجره ، فإن لم يرفع للإمام فسخت لأنه باع مال محجوره من نفسه ، وانظر ما يأتي عند قول الناظم : فإن يكن مشاركا لمن حجر الخ . نعم إذا كان مع الحاجر والأيتام شريك أجنبي ، فإنه يجوز له أن يقاسم الأجنبي ويترك نصيبه ونصيب الأيتام على الإشاعة معهم كما يأتي للناظم أيضا : فإذا أراد أن يقاسمهم رفع إلى السلطان كما مر .

تنبيه : إذا رفع الوصي أو الورثة الأمر إلى الإمام ليقسم بينهم فإنه لا يقسم بينهم حتى يثبتوا أصل الملك للموروث واستمراره وحيازته والموت والإراثة كما لابن فرحون وغيره وذكر في المعيار عن الإمام السنوسي أن ا العمل عليه ، ويؤيده كما في الارتفاق لابن رحال ما قالوه من." (١)

"""""""" صفحة رقم ٢٢١ """"""""

كقسمة التعديل والتراضي

فيما عدا الغبن من الأغراض

كقسمة التعديل والتراضي) فقوله : وقسمة الرضا مبتدأ وكقسمة التعديل خبره ، وعلى الإطلاق حال من الضمير المستقر في الخبر ، ومعناه أن قسمة الرضا من غير تعديل ولا تقويم كائنة كقسمة الرضا بتعديل وتقويم على الإطلاق أي في جميع أحكامها ، فتجوز في الجنس الواحد والمختلف والمكيل والموزون ، ويجمع فيها بين حظين ويحرم التفاضل في المقتات المدخر من طعامها على التفصيل المتقدم ، ولا يمنع فيها زيادة العين أو غيرها إلا أنه لا قيام فيها بالغبن كما

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٢/٢١٩

قال : (فيما عدا الغبن من الأغراض) بالغين المعجمة أي فإنه لا قيام به فيها لأنه لم يأخذ ما خرج به على قيمة مقدرة ولا على ذراع معلوم ، ولا على أنه مماثل لما خرج عنه فهي كبيع المساومة باتفاق وهو لا قيام فيه بالغبن ولو بلغ الثلث على المشهور ، وأما على ما مر للناظم في فصل الغبن فيقام به فيها لأن الحكم عليها بأنها كالبيع يوجب لها حكمه وقد تقدم أنه يقام فيه بالغبن بالشروط المتقدمة على المعمول به ، وإن كان خلاف المشهور فكان على الناظم حيث درج فيما تقدم على أن البيع يقام فيه بالغبن أن لا يستثنيه ههنا ، وقد يقال : إنما استثنى غبن القسمة وهو النقص عن القيمة نقصا بينا أي : فالنقص عن القيمة الذي لم يبلغ الثلث لا يقام به في هذا النوع ، بخلاف النوعين قبله ، فإنه يقام به فيهما ، وأما ما بلغ الثلث فإنه يقام به في هذه وفيما قبلها ، وهذا هو الذي يجب حمل الناظم عليه والله أعلم .
ومحل عدم قيامه به في هذه مع نقصه عن الثلث إذا لم يكن العاقد للقسمة وكيلا وإلا فللموكل القيام به إذا ثبت كما لابن زرب وغيره ، وهو الموافق لقول (خ) في الوكالة : وتعين نقد البلد وثمن المثل والأخير الخ . وذلك لأن النائب عن غيره لا يمضي من فعله إلا ما هو سداد وم صلحة .

ومدع غبنا بها أو غلطا

مكلف إن رام نقضا شططا

(و) إذا لم يكن له القيام بالغبن ف (مدع غبنا بها) أي بقسمة المراضاة بلا تعديل (أو) مدع (غلطا) وهو ما صدر من غير قصد (مكلف) بكسر اللام المشددة خبر عن قوله مدع (إن رام) أي قصد (نقضا) للقسمة (شططا) مفعول ثان بمكلف ، والمفعول الأول محذوف ، والتقدير مكلف الحاكم شططا أي ظلما وجورا إن رام نقضها لكون دعوى الغلط والغبن فيها لا تسمع ، وهذا البيت تصريح بمفهوم قوله : فيما عدا الغبن .

وقسمة الوصي مطلقا على

محجوره مع غيره لن تحظلا

(وقسمة الوصي) مبتدأ (مطلقا) حال من الضمير في تحظلا (على محجور مع غيره) متعلقان." (١)

"إذا حضر الخلخالان وأخذ المستحق الثمن من البائع أو المبتاع مكانه فذلك جائز ، وإن غاب الخلخالان لم يجز .

ابن يونس : يريد لأن رب الخلخالين قد ملك فسخ البيع فيرضاه بتمامه ببيع مبتدأ فلا يجوز حتى يحضر الخلخالان (وإلا صح وهل إن تراضيا ؟ تردد) من المدونة : لو أنه ساعة استحقت الدراهم بالصرف في الحضرة وقد قبضها قال له خذ مثلها مكانه قبل التفرق جاز .

ابن يونس : إذا تراضيا .

قال في كتاب ابن المواز : فإن طال أو تفرقا لم يجز .

ابن يونس : يريد وإن تراضيا إلا بعد فسخ الأول ثم يستقبلان صرفا جديدا إن أحبا .

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٢/٢٢١

وقال ابن عبد الرحمن : لا معنى للتراضي قال : ولو كان ذلك **بالتراضي** لجاز وإن لم يكن ساعة صارفه (وللمستحق إجازته إن لم يخبر المصطرف) ابن الحاجب : لو استحق المصوغ انتقض مطلقا ، ثم إن كان لم يخبر المصطرف فللمستحق إجازته على المشهور بناء على أن الخيار الحكمي ليس كالشرطي ، و إن أخبره فهو كشرط الخيار .

انظر ابن عرفة .." (١)

"(ولو اشترى بأقل لأجله ثم رضي بالتعجيل فقولان) ابن بشير : ومما يجري على مراعاة التهم البعيدة أن يقع الشراء بأقل من الثمن إلى الأجل نفسه أو إلى أبعد منه ثم يقع **التراضي** بتعجيله ، فهاهنا اختلف المتأخرون في جواز التعجيل على قولين ، وهذا هو الذي يعبر عنه أصحابنا بحماية الحماية ، وذلك أن التهمة هاهنا على أن يعقدا على إظهار الشراء إلى الأجل أو إلى أبعد منه ويبطنا تعجيل النقد (كتمكين بائع متلف ما قيمته أقل من الزيادة عند الأجل) مثال هذا أن يشتري ثوبا بعشرة إلى شهر ثم يغيب عليه البائع أو يفوته بوجه من وجوه الفوات ، فلا خلاف أنه يغرم قيمته ، فإن كانت قيمته مثلا ثمانية وغرمها فهل يمكن عند الأجل من أخذ العشرة كلها من المشتري أو لا يمكن إلا من ثمانية خاصة ؟ فمقتضى سماع يحيى أنه لا يزاد على ما دفع .

ابن رشد : أتهمهما على القصد إلى دفع دنانير في أكثر منها إلى أجل .

وال ذي لابن يونس عن المجموعة .

لو تعدى على السلعة البائع الأول بعد قبض المشتري لها فباعها أو أفسدها فعليه قيمتها يأخذها بما بيعت به ، فإذا حل الأجل أدى الثمن الذي أغرمه المتعدى عليه وإن شاء الثمن الذي كان ابتاعها به ، فإذا حل الأجل رد الثمن الذي ابتاعها به ولا يتهما ولأنهما لم يتعاملا على هذا .." (٢)

"(وفي العلو والسفل تأويلان) من المدونة قال ابن القاسم : إذا اقتسم رجلان دارا بينهما على أن يأخذ أحدهما العلو والآخر السفل جاز ذلك .

ابن عرفة : ظاهرها قسم العلو مع السفل بالقرعة .

وحملها أبو عمران مرة على **التراضي** .

وهو نص ابن الماجشون .

ومرة على القرعة .." (٣)

"(ولا يجمع بين عاصبين إلا برضاهم) سمع ابن القاسم : لا يجمع حظ اثنين في القسم .

ابن رشد : هو قوله في المدونة ، ومعناه إن لم يكونوا أهل سهم واحد .

---

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٤٤١/٦

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٨١/٧

(٣) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٣٢٤/٩

اللخمي : يجوز أن يجمع نصيبان في القسم **بالتراضي** ، ومنع ذلك ابن القاسم في القرعة .

وسمع القرينان : الإخوة للأم يرثون الثلث يقول أحدهم اقسموا حصتي على حدة ليس ذلك له ويقسم له ولإخوته جميعا الثلث ثم يقاسمهم بعد إن شاء .

ابن رشد : لا خلاف في ذلك في أهل السهم الواحد كالبنات أو الزوجات ونحوهم ، وأما العصبة فثالث الأقوال قول ابن القاسم في المدونة لهم أن يجمعوا نصيبهم إن أرادوا .." (١)

"(كطرو غريم أو موصى له بعدد على ورثة) مقتضى ما يتقرر أن هذا ليس بحق لله .

وقد قال اللخمي : القول بفساد القسمة لطرو الدين خارج عن الأصول ، إنما يذكر للمذاكرة والأصل المعروف صحة القسم لكن يتعلق به حق لا دين وهو الغريم .

ألا ترى أنه لو رضي الغريم كونه في ذمتهم ويقتسمون لجاز ذلك ، فلو كان النهي حقا لله تعالى لم يجز برضا الغريم ، وكل موضع يجوز **التراضي** ممن له حق فلا يقال فيه فاسد ، والفاسد ما تعلق به حق الله تعالى .

فالربا حق لله لا يجوز **التراضي** عليه ، والتدليس بالعيب منهي عنه .

ولو رضي المشتري لجاز ولا يقال : إنه فاسد انتهى .

من المدونة : إذا قسم القاضي بين الورثة لم يأخذ منهم كفيلا بالحق من دين ، فإن طرأ دين انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاض وهم رجال .

اللخمي : والموصى له بتسمية من العين مثل أن يوصى له بمائة دينار والثلث يحملها إذا طرأ على الورثة صار بمنزلة غ ريم طرأ على ورثة .

قال في المدونة : لو قدم موصى له بدنانير أو دراهم يحملها الثلث كان كلحوق الدين ، أما وحده أو نقض القسم ولا يجبروا على أدائه من أموالهم ، ومال الميت قائم ، وما هلك بأيديهم مما أخذوه من مال الميت بغير سببهم لم يضمنوه .." (٢)

"كتاب النكاح وما يتصل به

والنكاح مندوب إليه للقادر عليه من غير إيجاب والمنكوحات ضربان : حرائر وإماء فالحرائر يجوز نكاحهن على الإطلاق والإماء لا يجوز للحر نكاحهن إلا بشرطين : عدم الطول وخشية العنت وذلك سيذكر فيما بعد

والحرائر نوعان : أبكار وثيب وكل واحد من النوعين ينقسم إلى قسمين : أصاغر وبوالغ

ولا نكاح إلا بولي ذكر ولا يجوز لامرأة أن تنكح نفسها ولا غيرها بوجه وذلك باطل متى وقع لا يجوز بوجه ثم الأولياء ضربان : آباء وغير آباء

---

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٩/٣٥٥

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٩/٣٦٧

فأما صغار النساء فلا يزوجهن أحد من الأولياء سوى الآباء وللآباء إنكاحهن أبكارا وثيبا

وأما الإبكار البوالغ فلآباء إنكاحهن بغير إذنهن ويستحب استئذانهن من غير إيجاب وينقطع الإجبار عن المعنسة وهي التي برزت وجهها وباشرت الأمور بنفسها وعرفت مصالحها وقيل : إنه باق عليها ببقاء البكارة

وأما الثيب من البوالغ فلا إجبار عليها ولا تنكح إلا بإذنها

والثيوبة المسقطة للإجبار هي الوطء بنكاح أو ملك أو بشبهتهما

وأما الحرام المحض فلا يقطع الإجبار كان طوعا أو اغتصابا

والولاية ولايتان : خاصة وعامة فالخاصة في أربعة أوجه : نسب أو خلافة نسب أو ولاء أو سلطان فأما ولاية النسب فمستحقة بالتعصيب لا مدخل فيها لذوي الأرحام الذين لا تعصيب لهم كالأخ للأم والخال وغيرهما ثم ما يملك بهما نوعان : إجبار وإنكاح بإذن فأما الإجبار فلا يملكه إلا الأب وحده على صغار بناته وأبكار بوالغهن على ما قدمناه والسيد في أمته

وأما الإنكاح بالاستئذان فيستوي الأب وسائر الأولياء وترتيب العصابات فيه بحسب قوة تعصيبهم فأولاهم البنون ثم بنوهم وإن سفلوا ثم الأب – ثم الإخوة للأب والأم ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم بنو الإخوة للأب ثم الأجداد للأب وإن علوا ثم العمومة على ترتيب الإخوة ثم بنوهم على ترتيب بني الإخوة وإن سفلوا ثم الموالى ثم السلطان

وإن أنكح الأبعد مع وجود الأقرب فيمن تستأذن جاز

فأما خلافة النسب فوصى الأب خاصة في البكر هو أولى من سائر الأولياء بإذنها وهو في الثيب واحد منهم

والمستأذنان أبكار وثيب فإذن الثيب بالقول وإذن البكر بالقول أو بالصمات ويستحب أن تعلم بأن صماتها محمول منها على الإذن

وأما الولاية العامة فولاية الدين وهو جائز مع تعذر الولاية الخاصة فأما مع وجودها فقيل : إنه جائز في الدنية التي لا خطر لها وكل واحد –كفؤلها ولا يجوز في ذات القدر والشرف وقيل : لا يجوز بحال مع القدرة

وإذا تقدم العقد على الإذن فالصحيح أن لا يجوز وإن تعقبته الإجازة

وللولي إنكاح صغار الذكور كان أبا أوصى أبا أو حاكما وإذا أنكح الأب ابنه الصغير فإن سمي الصداق عليه أو على الابن الذي له المال جاز وإن سكتا عنه فهو على الابن إن كان له مال وعلى الأب إن لم يكن للابن مال ثم لا ينتقل إليه بيسره

ويجوز خلع الأب عن ولده الصغير الذكر والأنثي وكذلك إنكاحه البكر بأقل من صداق مثلها إذا رءاه حظا والعفو عن نصف صداقها بطلاقها قبل الدخول وللولي أن يلي إنكاح نفسه من وليته التي يجوز له نكاحها بنفسه بأي شئ كانت ولايته

وإذا زوج الوليان فالداخل من الزوجين أولى ولا ولاية لعبد ولا لمن فيه بقية رق ولا لكافر على مسلمة ولا لمسلم على كافرة إلا بالرق وللسيد إجبار عبيده وإمائه وعبيد من يلي عليه من ولده أو بوصية على النكاح ولا يجوز لعبد ولا

لأمة أن ينكحا إلا بإذن سيدهما والسيد في العبد بالخيار إذا نكح بغير إذنه بين أن يجيز أو يرد إلا أن يعتق قبل علمه بالنكاح فيمضي ولا رد له ولا خيار له في الأمة بخلاف العبد

وللعبد أن ينكح أربعا كالحر وله أن ينكح الأمة مع القدرة على الحرة بخلاف الحر

والإشهاد من شروط كمال النكاح وفضيلته دون نفوذه وصحته وكذلك الإعلان والتراضي بكتمان العقد يفسده

ولا يجوز لولي عضل وليته إذا دعته إلى كفء في الدين والحال والمروءة ويزوجها عليه الإمام وإن اتفقا على غير كفء جاز وليس كمال مهر المثل من الكفاءة والمتوك في عقد النكاح جائز ." (١)

" فصل

الصداق مستحق في عقد النكاح ولا يجوز التراضي على إسقاطه ولا النكاح المشترط فيه سقوطه ولا حد لأكثره وأقله محدود وهو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم فضة أو ما يساوي أحداهما من العروض ويجوز أن يكون أعيانا ومنافع الأعيان أحب إلينا

ولا يجوز الصداق ما لا يجوز بيعه لتحريم عينه أو لغرره كالخمر والخنزير وكالآبق والشارد وفي فسخ النكاح به روايتان : إحداهما أنه يفسخ قبل الدخول وبعده والأخرى أنه يفسخ قبله ويثبت بعده ويجب صداق المثل ويجوز على وصف أو عبد مطلق أو جهاز بيت ويرجع إلى العرف والوسط من ذلك ويجوز تعجيل المهر وتأجيله ويستحب تقديم ربع دينار قبل الدخول والصداق واجب بالعقد والتسمية ويستقر وجوبه بالدخول فيؤمن سقوطه ما لم يكن دخول فهو معرض لأن يسقط نصفه بطلاق أو جميعه بما يكون من جهة المرأة مثل أن ترتد أو تختار نفسها إذا أعتقت أو يبيعها سيدها من زوجها وعلى المرأة تتجهز لزوجها من صداقها وغيره بما يجري العرف في موضعها وله إن طلقها قبل الدخول نصف ما ابتاعته إلا أن يكون صرفته في شئ تختص به فتغرمه عينا

ونكاح الشغار باطل وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما فإن سميا مهرا لهما أو لأحداهما صح النكاح المسمى فيه المهر ووجب صداق المثل

ونكاح المتعة باطل وهو العقد المشروط فيه الأجل والخطبة على خطبة الغير جائزة على وجه وممنوعة على آخر فجوازها ما لم يكن بينهما إنعام وركون وتقدير صداق وما أشبهه ومنعها مع وجود ذلك وإذا اشترط المنكح في العقد حباءا لنفسه والصداق للزوجة فهو لها حق بصداقها وما دفعه الزوج إليه بعد العقد فهو له

ونكاح التفويض جائز وصفته أن يعقدا ولا يسميا صداقا أو على أن يفرضاه بعد العقد ومن فرض منهما فرضية الآخر جاز وكان هو الصداق ومن كره لم يلزمه ونظر فإن كانت المرأة لزمها مما يفرضه صداق المثل دون ما قصر عنه وإنه كان الزوج كان خير بين أمور ثلاثة : إما أن يبذل لها صداق المثل أو يرضى بفرضها أو يطلق ولا يلزمه شئ بفرضها فإن طلق استحب له أن يمتع والمتعة هي أن يعطيها شيئا يجري مجرى الهبة بحسب ما يحسن من مثله على قدر حاله

---

(١) التلقين، ص/٢٧٩

من يسره وعسره ومن مات من الزوجين قبل الفرض فبينهما الميراث ولا صداق في من لم يفرض والموت في استقرار الصداق به كالدخول

وصداق المثل معتبر بحالها وما هي عليه من جمال وحال وأبوه فيكون لها بحسب ذلك وما يكون مثله لأقرانها في السن ومن كان في مثل حالها ولا اعتبار بنساء عصبتها ومن أعتق أمته على أن يتزوجها نفذ العتق ولم يلزمها ذلك وإن شرط عتقها صداقها لم يصح ولزمه الصداق وللمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها وليس لها ذلك بعد طوعها بالتسليم وإذا اختلفا في مقدار الصداق فإن كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا وبدئت باليمين ومن نكل منهما قضى عليه مع يمين صاحبه

وإن اختلفا بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه وإن كان الاختلاف في القبض فالقول قولها قبل الدخول فإن دخل رجع إلى الموضع الذي هما فيه فعمل على غالب أحوالهم وعرفهم فإن عدم ذلك فالقول قولها وإن كان هناك عرف يصدق الزوج ومعها كتاب ذكر الحق فالقول قولها ." (١)

" فصل

ومن ابتاع سلعة على السلامة فظهر بها عيب يوجب الرد فهو بالخيار بين أن يرد ويرجع بالثمن شاء البائع أو أبى أو يمسك ولا شئ له من أرش ولا غيره إلا أن يبذل له البائع الأرش هو ما لا يمكن الرد ولا يلزم بذل الأرش ولا أخذه إلا **بالتراضي** ما دام رد العين ممكنا فإن فات ذلك لم يكن له إلا الأرش والفوت هو ما لا يمكن معه أما للتلف فيالمبيع كالموت والزمانة والهرم الذي لا يبقى معه انتفاع به أو لتلف الملك كالعتق والتدبير والاستيلاد والكتابة وفي بيعه خلاف والصحيح أنه فوت يوجب الأرض والإباق فوت

وحدوث عيب عند المشتري ليس بفوت يمنع الرد وهو بالخيار إن شاء رده وما نقصه العيب عنده وإن شاء تمسك به أخذ الأرش إلا أن يكون البائع دلس بالعيب فيكون للمشتري رده من غير أن يؤخذ بما نقصه إلا أن يكون بتصرفه فيه قد أتلفه بوجه لا يتصرف الناس بمثله فليس له إلا الأرش وكذلك إن تلف العبد من العيب الذى دلس به البائع لم يضمنه المشتري ورجع بالثمن ووطء الثيب لا يمنع الرد ولا يوجب على المشتري شيئا ووطء البكر عيب يردها وما نقص وإذا رضى المبتاع بالعيب لم يكن له رده به وكذلك إن تصرف في المبيع أو استعمله بعد علمه بالعيب كان ذلك رضا منه به ولم يكن له الرد إن تصرف مضطرا ففيه روايتان

وإن ابتاع رجلان عبدا فوجدا به عيبا فأراد أحدهما الرد والآخر الإمساك ففيه روايتان إحداهما : أن لمن شاء منهما الرد أن يرده والأخرى : أن عليهما الرد

وإذا نما المبيع عند المشتري ثم أراد رده بعيب فلا يخلو النماء أن يكون منفعة أو غلة أو عينا فإن كان منفعة أو غلة كان له رده ولا يلزمه شئ لأجله لأن له الخراج بالضمان وإن كان عينا فلا يخلو أن يكون ولادة أو نتاجا أو غيره ففي الولادة والنتاج يردهما مع الأمهات وأما غير ذلك فيختلف

---

(١) التلقين، ص/٢٨٧

فأما ثمرة النخل يردها مع الأصل إذا حدثت عنده فإن كان ابتاع الأصل وفيه ثمر فإن كانت لم تؤبر لم يردها وإن كانت مأبورة ففيهما خلاف وكذلك في صوف الغنم فأما الألبان والسمون فلا يرد شيئا منها

ولا يجوز لبائع السلعة المعيبة أن يكتم عيبها لأن ذلك غش

ولا يقبل دعوى المبتاع أن بالسلعة عيبا دون أن يبينه بالمشاهدة إن كان مشاهدا أو بالبينة إن كان غير مشاهد ثم لا يخلو أن يكون مما لا يحدث عند المشتري أو أن يكون مما يعلم أنه لم يكن عند البائع والقول في الموضعين قول من قوى سببه منهما مع يمينه أو أن يكون محتملا فالقول قول البائع مع يمينه إلا أن ينكل فيحلف المشتري

والعيوب الموجبة للرد هي ما أثرت نقصا في المبيع أو في الثمن أو في التصرف أو خوفا في العاقبة ومن ذلك نقصان الأعضاء كالعمى والعور والقطع والضلع والزمانة والخصى والإفضاء ونقصان الأحكام كالجنون والجذام والبرص والتعسر والزعر وبياض الشعر والإباق والزنا والبخر والسرقة والزوج والولد في العبد والأمة والحمل والدين

ومن هذه العيوب ما يعم ومنها ما يخص الرائعة المنتخذه للوطء وذلك بحسب ما يعلم في العادة وزواله قبل الرد مسقط للرد إلا أن يكون مما تبقى علاقته كالزوجة والزوج والاستدامة في سفه وما أشبه ذلك أو مما لا يؤمن عوده

وعهدة الثلاث لازمة في الرقيق ثم عهدة السنة بعدها من الأدواء الثلاثة الجنون والجذام والبرص في كل بلد جرت عادتهم باشتراطها أو استأنفوها ولا يلزم في الموضع التي لم يتعارفوها إلا بأن يستأنفوا اشتراطها

ويجوز البيع بشرط البراءة في الرقيق دون غيره ويبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ مما علمه فكتمه

والعبد يملك ملكا ناقصا ينتزعه سيده إذا شاء وماله في البيع لسيده وفي – العتق يتبع العبد إلا أن يستثنيه السيد وفي هبته والوصية وإسلامه بجنايته خلاف

ولا يجوز التفرقة بين الأم وولدها الصغير في البيع وحدها ويجوز في الأدب والتصرية عيب وإذا علم المبتاع بعد أن حلبها فله الخيار في إمساكها أو ردها مع صاع من تمر وإذا فات المبيع في البيع الفاسد ضمنه المبتاع بالقيمة يوم القبض وبالمثل فيما له مثل ورد الثمن عليه وإن تلف في يد البائع فتلفه منه ." (١)

" فصل

وأما ما دون النفس فضربان : قطع وجرح فالقطع معروف وهو إزالة عضو أو بعضه والجراح ضربان : ضرب فيه القصاص وضرب لا قصاص فيه وجملتها إحدى عشرة :

أولها الدامية : وهي التي تدمي الجلد

ثم الخارصة : وهي التي تشقه

ثم السمحاق : وهي التي تكشفه

ثم الباضعة : وهي تبضع اللحم

ثم المتلاحمة : وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع

---

(١) التلقين، ص/٣٨٧

ثم الملطأة : وهي التي يبقى بينها وبين انكشاف العظم ستر رقيق

ثم الموضحة : وهي التي توضح عن العظم

ثم الهاشمة : وهي التي تهشم العظم

ثم المنقلة : وهي التي يطير فراش العظم منها مع الدواء

ثم المأمومة : وهي التي تخرق إلى أم الدماغ ويقال لها أيضا الأمة

والجائغة : وهي التي تصل إلى الجوف

ويراعى في وجوب القود بكل ذلك أربعة شروط :

أحدها : تكافؤ الدماء ولا يخلو ذلك من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يوجد التكافؤ من الطرفين كالحر يجرح الحر أو العبد يجرح العبد فهذا لا خلاف في وجوب القصاص فيه

والثاني : أن يكون دم الجارح مكافئا لدم المجروح ودم المجروح غير مكافيء لدم الجارح فهذا لا قصاص فيه كالحر يقطع يد عبد والمسلم يقطع يد كافر

والثالث : عكسه وهو أن يكون دم المجروح مكافئا لدم الجارح ودم الجارح غير مكافيء لدم المجروح كمسلم يقطع يده كافر وحر يقطع يده عبد فقيل في هذين : لا قصاص فيه لأن المراعي التكافؤ من الطرفين وقيل : يجب القصاص كالقتل وهذا أقيس والأول أظهر من المذهب

والثاني : أن يكون الجرح لا يعظم الخطر فيه ولا يغلب الخوف منه على النفس كالموضحة فما قبلها فإن كان مما يغلب خوفه ويعظم خطره فلا قصاص فيه وفيه الدية حالة في مال الجاني وذلك كالمأمومة والجائفة والمنقلة على خلاف فيها خاصة

والثالث : أن يكون مما تأتي فيه المماثلة فإن تعذرت لم يجب القود وذلك يكون بثلاثة شروط :

أحدها : يعود إلى الفعل كالشلل وما يضطرب من الكسر وكذهاب بعض البصر والسمع وقطع ما يمنع بعض الكلام من اللسان أشبه ذلك

والثاني : يعود إلى فقد المحل كالأعمى يقلع عين بصير والأقطع يقطع يد الصحيح

والثالث : يعود إلى عارض يمنعها مع إمكانها قبل حصولها وذلك كعفو بعض الأولياء فيتعذر القود بتعذر تمييز حقه ثم عدنا إلى أصل التقسيم فقلنا

والرابع : ألا يتعقبه قتل المجروح أو غيره فيجب حينئذ القود في النفس وسقط حكم الجرح إلا أن يكون قصد التمثيل بالمقتول فيجرح ثم يقتل

واختلف في الواجب بقتل العمد فقيل القصاص فقط ولا تجب الدية إلا **بالتراضي** وقيل وقيل : يخير ولي الدم بين القود والدية

ويجب القصاص في الحل والحرم وقع القتل فيه أو في غيره ولجأ إليه ولا يقاد من قطع أو جرح إلا بعد اندماله فإن اندمل واقفا على قدر الجناية لا زائدا عليها فالقصاص واجب وإن ترامى إلى زيادة عليه فلا يخلو أن يبلغ النفس أو مادونها فإن بلغ دونها اقتص من عينه دون سرايته ثم لا يخلو اندمال القصاص أن يكون بقدر الجناية وسرايتها فإن كان ذلك فقد استوفى المقتص حقه أو يكون قاصرا عنها فللمجروح ما بينهما

أو أن يكون زائدا عليها فالزائد هدر كانت النفس أو دونها

وإن بلغت الجناية النفس فلا يخلو أن يكون ذلك في الحال أو بعد زمان فإن كان في الحال وجب القصاص في النفس وسقط حكم الجرح وإن كان بعد أيام وجب القتل بقسامة وكل هذا في العمد

فأما إن كان أصل الجناية خطأ فلا قود فيها ولا في سرايتها وفيها الدية ومقدار ما يجب منها معتبر بالجرح ولا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يندمل على موضع الجناية ففيه دية تلك الجناية أو الحكومة إن لم يكن فيها شئ مسمى

والآخر : أن يسرى إلى زيادة فلا يخلو أن يكون إلى النفس أو دونها فإن كان إلى النفس فلا يخلو أن يكون في الحال أو بعدها فإن كان في الحال ففيه الدية بغير قسامة وإن كان بعد أيام ففيه الدية بقسامة وإن كانت السراية إلى ما دون النفس فلا يخلو أن يسري إلى ما يتفرع عن الجناية أو إلى أجنبي منها فالأول كالموضحة تصير منقلة ففيها دية منقلة والثاني كالموضحة تقضي إلى ذهاب البصر أو السمع ففيها ديتان دية الجناية ودية السراية

والمماثلة في القصاص معتبرة في ثلاثة أشياء :

أحدها : في صفة الفعل كالجراح أو القطع

والثاني : في الحل كاليمنى واليسرى والرأس وغيره

والثالث : فيما يستوفي به القصاص وهو الآلة كالمحدد والمثقل والنار والتغريق وما أشبه ذلك إلا موضعين

أحدهما : أن يكون بمعصية كاللواط أو ما في معناه فيقتصر به على السيف أو أن يكون الآلة معذبة كالعصى التي تحتاج إلى الإكثار من الضرب بها أو السكين الكالة فيعدل على ما هو أوحي ولا يراعى في ذلك الزمان ولا الحال إلا أن يعرض ما يوجب مراعاته وهو في ثلاثة أحوال :

أحدهما : أن يخاف على المقتص منه التلف بالقطع في شدة البرد أو ما أشبه

والآخر : أن يكون مريضا يخاف تلفه فيؤخر إلى برئه

والثالث : أن تكون حاملا فتؤخر إلى وضعها ." (١)

"و) حرم (احتكار قوت) كتمر، وزبيب، وكل مجزىء في الفطرة وهو إمساك ما اشتراه في وقت الغلاء لا الرخص ليبيعه بأكثر عند اشتداد حاجة أهل محله أو غيرهم إليه، وإن لم يشتره بقصد ذلك. لا ليمسكه لنفسه أو عياله أو ليبيعه بثمن مثله، ولا إمساك غلة أرضه، وألحق الغزالي بالقوت: كل ما يعين عليه، كاللحم، وصرح القاضي بالكراهة في الثوب.

---

(١) التلقين، ص/٤٦٩

(وسوم علي سوم) أي سوم غيره (بعد تقرر ثمن) **بالتراضي** به، وإن فحش نقص الثمن عن القيمة، للنهي عنه، وهو أن يزيد على آخر في ثمن ما يريد شراءه أو يخرج له أرخص منه، أو يرغب المالك في استرداده ليشتريه بأغلى، وتحريمه بعد البيع. وقبل لزومه لبقاء الخيار أشد (ونجش) للنهي عنه، وللإيذاء: وهو أن يزيد في الثمن، لا لرغبته، بل ليخدع غيره، وإن كانت الزيادة في مال محجور عليه، ولو عند نقص القيمة على الأوجه. ولا خيار للمشتري إن غبن فيه، وإن واطأ البائع الناجش لتفريط الم شتري حيث لم يتأمل ويسأل، ومدح السلعة، ليرغب فيها بالكذب كالنجش، وشرط التحريم في الكل: علم النهي، حتى في النجش. ويصح البيع مع التحريم في هذه المواضع.

(١)".)

"ولو استبدل موافقا في علة الربا، كدرهم عن دينار، اشترط قبض البدل في المجلس، حذرا من الربا، لا إن استبدل ما لا يوافقه في العلة، كطعام عن درهم، ولا يبدل نوع أسلم فيه، أو مبيع في الذمة عقد بغير لفظ السلم بنوع آخر، ولو من جنسه: كحنطة سمراء عن بيضاء، لأن المبيع مع تعينه لا يجوز بيعه قبل قبضه، فمع كونه في الذمة. أولى. نعم، يجوز إبداله بنوعه الأجود، وكذا الأردأ **بالتراضي**.

(٢)".)

"فصل): في بيان أحكام الغصب. الغصب: استيلاء على حق غير، ولو منفعة، كإقامة من قعد بمسجد أو سوق بلا حق، كجلوسه على فراش غيره، وإن لم ينقله، وإزعاجه عن داره، وإن لم يدخلها، وكركوب دابة غيره، واستخدام عبده. (وعلى الغاصب: رد وضمان متمول تلف بأقصى قيمه من حين غصب إلى تلف ويضمن) مثلي، وهو ما حصره كيل، أو وزن. وجاز السلم فيه كقطن، ودقيق، وماء ومسك، ونحاس ودراهم ودنانير، ولو مغشوشا، وتمر، وزبيب، وحب جاف، ودهن، وسمن (بمثله) في أي مكان حل به المثلي، فإن فقد المثل، فيضمن بأقصى قيم من غصب إلى فقد. ولو تلف المثلي: فله مطالبته بمثله في غير المكان الذي حل به المثلي، إن لم يكن لنقله موونة، وأمن الطريق وإلا فبأقصى قيم المكان. ويضمن متقوم أتلف، كالمنافع والحيوان، بالقيمة. ويجوز أخذ القيمة عن المثلي **بالتراضي**. وإذا أخذ منه القيمة، فاجتمعا ببلد التلف لم يرجعا إلى المثل، وحيث وجب م ثل، فلا أثر لغلاء، أو رخص.

(٣)".]

"

فهل يكفي ذلك؟ المذهب في أصل الروضة أنه لا يكفي لعدم وجود الصيغة، وخرج ابن سريج قولا أن ذلك يكفي في المحقرات، وبه أفتى الروياني وغيره، والمحقر كرطل خبز ونحوه مما يعتاد فيه المعاطاة، وقال مالك رحمه الله تعالى

---

(١) فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، ٢٣٦/١

(٢) فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، ٢٤٣/١

(٣) فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، ٢٩٠/١

ووسع عليه: ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعا، واستحسنه الإمام البارع ابن الصباغ، وقال الشيخ الإمام الزاهد أبو زكريا محي الدين النوو ي: قلت: هذا الذي استحسنه ابن الصباغ هو الراجح دليلا، وهو المختار، لأنه لم يصح في الشرع اشتراط اللفظ فوجب الرجوع إلى العرف كغيره، وممن اختاره المتولي والبغوي وغيرهما والله أعلم. قلت: ومما عمت به البلوى بعثان الصغار لشراء الحوائج، وأطردت فيه العادة في سائر البلاد، وقد تدعو الضرورة إلى ذلك فينبغي إلحاق ذلك بالمعاطاة إذا كان الحكم دائرا مع العرف مع أن المعتبر في ذلك **التراضي** ليخرج بالصيغة عن أكل مال الغير بالباطل فإنها دالة على الرضا، فإذا وجد المعنى الذي اشترطت الصيغة لأجله فينبغي أن يكون هو المعتمد بشرط أن يكون المأخوذ يعدل الثمن، وقد كانت المغيبات يبعثن الجواري والغلمان في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لشراء الحوائج فلا ينكره، وكذا في زمن غيره من السلف والخلف، والله أعلم. قال:

(وبيع شئ موصوف في الذمة فجائز، وبيع عين غائبة لم تشاهد فلا يجوز) البيع إن كان سلما فسيأتي، وإن كان على عين غائبة لم يرها المشتري ولا البائع، أو لم يرها أحد المتعاقدين، وفي معنى الغائبة الحاضرة التي لم تر، وفي صحة بيع ذلك قولان: أحدهما ونص عليه في القديم والجديد أنه لا يصح، وبه قال الأئمة الثلاثة، وطائفة من أئمتنا، وأفتوا به، منهم البغوي والروياني. قال النووي في شرح المهذب: وهذا القول قاله جمهور العلماء من الصحابة والتابعين، والله أعلم. قلت: ونقله الماوردي عن جمهور أصحابنا. قال: ونص عليه الشافعي في ستة م و اضع واحتجوا له بحديث إلا أنه ضعيف ضعفه الدارقطني والبيهقي والله أعلم. والجديد الأظهر، ونص عليه الشافعي في ستة مواضع أنه لا يصح لأنه غرر، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، وقوله [لم تشاهد] يؤخذ منه أنه إذا شوهدت ولكنها كانت وقت العقد غائبة أنه يجوز، وهذا." (١)

"

في ذمة المحيل فلا ينتقل إلا برضاه كما أن الأعيان لا تبدل إلا **بالتراضي**، ويؤخذ من كلام الشيخ أن رضا المحال عليه لا يشترط وهو كذلك على الأصح لأنه محل التصرف فأشبه العبد المبيع، ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره والله أعلم. الشرط الثاني أن يكون الدين مستقرا على ما ذكره الشيخ، واشتراط الاستقرار ذكره الرافعي عند ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن، وقال: لا يكفي لصحة الحوالة لزوم الدين، بل لا بد من الاستقرار، ولأن دين السلم لازم، مع أن الأصح لا تصح الحوالة به ولا عليه، لكنه قال هنا: القسم الثاني الدين اللازم فتصح الحوالة به وعليه، قال النووي بعده: أطلق الرافعي صحة الحوالة بالدين اللازم وعليه، اقتداء بالغزالي، وليس كذلك، فإن دين السلم لازم، ولا تصح الحوالة به ولا عليه على الصحيح، وبه قطع الأكثرون. قلت: قد اتفقا على تصحيح الحوالة بالثمن في زمن الخيار وعلي ي ه مع أنه غير لازم فضلا عن الاستقرار إلى أنه يئول إلى اللزوم، وأما بعد مضي الخيار وقيل قبض المبيع فالمذهب الذي قطع به الجمهور أنه تصح الحوالة به وعليه مع أنه غير مستقر لجواز تلف المبيع فلا يستقر إلا بقبض المبيع، وكذا تجوز الحوالة بالأجرة، وكذا بالصداق قبل الدخول، والموت ونحو ذلك، بل صدر في أصل الروضة في أول الشرط فقال

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، ٢٤٠/١

الثاني: كون الدين لازما أو يصير إلى اللزوم والله أعلم.

[فرع]: إذا اشترى شخص شيئا ثم أحال البائع بالثمن على رجل، ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا قديما فرده به أو تقابلا ونحوهما، ففي بطلان الحوالة خلاف منتشر والمذهب البطلان، وسواء في ذلك بعد قبض المحتال الحوالة أم لا على الأصح، ولو أحال البائع على المشتري بالثمن لشخص فالمذهب أنها لا تبطل سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري أم لا، والفرق بين الصورتين أن في هذه الصورة الثانية تعلق الحق بثالث والله أعلم. الشرط الثالث اتفاق الدينين: يعني المحال به والمحال عليه في الجنس والقدر والحلول والتأجيل والصحة والتكسير والجودة والرداءة على الصحيح، وضبط ابن الرفعة ذلك بالصفات المعتبرة في السلم، ووجه اشتراط ذلك حتى يعلم لأن المجهول لا يصح بيعه ولا استيفاؤه، والحوالة إما بيع على الصحيح، أو استيفاء، فإذا وقعت الحوالة." (١)

"

الصدق، وهو الشديد الصلب لأنه أشد الأعواض ثبوتا فإنه لا يسقط **بالتراضي**. والأصل فيه الكتاب والسنة قال الله تعالى ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ والنحلة الهبة، وسمي نحلة لأن المرأة تستمتع بالزوج كهو، بل هي أكثر فكأنها تأخذ الصداق من غير مقابلة شئ، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿التمس ولو خاتما من حديد﴾ ثم إنه لم يجده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿زوجتكها بما معك من القرآن﴾ إذا عرفت هذا فالمستحب أن لا يعقد النكاح إلا بصداق اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه لم يعقد إلا بمسمى، ولأنه أدفع للخصومة، ومقتضى كلام لاشيخ أن المهر ليس ركنا في النكاح، وهو كذلك قال الأصحاب: ليس المهر ركنا في النكاح بخلاف البيع فإن ذكر الثمن ركن فيه، والفرق أن المقصود الأعظم من النكاح الاستمتاع وتوابعه وهو قائم بالزوجين، فلهذا لم يكن ركنا في النكاح بخلاف البيع فإن العوض مقصود فيه، ويدل على ما ذكرناه في النكاح باعتبار جواز اخلائه عن ذكر الصداق قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ وهو دليل المسألة التفويض التي ذكرها الشيخ بقوله [فإن لم يسم صح العقد] ومعنى التفويض إخلاء النكاح عن ذكر الصداق، وصورته أن يصدر من مستحق المهر، وذلك بأنه تقول البالغة الرشيدة ثيبا كانت أو بكرا: زوجني بلا مهر، أو على أن لا مهر لي فيزوجها الولي وينفي المهر أو يسكت، ومن التفويض الصحيح أيضا أن يقول سيد الأمة: زوجتكها بلا مهر أو يسكت لأنه مستحق المهر فإذا وقع العقد صحيحا لم يجب به مهر على الجديد الأظهر كما هو مقتضى كلام الشيخ رحمه الله، ووجه عدم ثبوته بالعقد أنه حقها فإذا رضيت بعدم ثبوته لم يثبت، ولأن الصداق لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق، وعلى الأظهر هل يقول: ملكت بالعقد أن تملك مهر المثل أو أن تملك مهرا ما؟ فيه قولان. وبال جملة فلها مطالبة الزوج بفرض مهر قبل المس وهو الوطء لأن خلوا لعقد عن المه ر خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم، ولتكن على تثبت مما تسلم نفسها

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، ٢٧٥/١

به. وله طرق كما ذكره الشيخ. أحدها أن يفرضه القاضي وذكل عند امتناع الزوج من الفرض أو عند تنازعهما في القدر المفروض فيفرض الحاكم مهر المثل بنقد." (١)

"

ذكر الشيخ حكم الغنيمة عقبه بحكم الفيء ولا بد من معرفة كل منهما: أما الغنيمة فهي مشتقة من الغنم، وهو الفائدة الحاصلة بلا بذل. وأما الفيء فهو مأخوذ من قولهم، فإذا رجع: أي صار للمسلمين، هذا من حيث اللغة. وأما من جهة الشرع فالغنيمة ما أخذ من الكفار بالقتال وإيجاف الخيل، والركاب. والإيجاف الإعمال، وقيل الإسراع، وأما الفيء فهو كل ما أخذ من الكفار من غير قتال كالمال الذي تركوه فزعا من المسلمين والجربة والخراج والأموال التي يموت عنها من لا وارث له من أهل الذمة، ونحو ذلك كمال المرتد، إذا قتل أو مات وعشر تجارتهم، وفي مال الفيء خلاف المذهب أنه يخمس ويصرف خمسه إلى الأصناف الذين تقدم ذكرهم في الغنيمة، وأما الأربعة الأخماس الباقية فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم في حياته مع خمس الخمس لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقها لإرهابه العدو، وأما بعده فالأظهر أنها للمرتزقة، وهم الأجناد الذين عينهم الإمام للجهاد وأثبت أسماءهم في الديوان بعد أن تجتمع فيهم شروط، وهي الإسلام، والتكليف، والحرية، والصحة لأن بهم يحصل إرهاب العدو ودفع شرهم فعلى هذا لو زادت الأربعة الأخماس على قدر حاجاتهم صرف الفاضل إليهم أيضا على قدر مؤناتهم فمن احتاج ألفين يعطى من الفاضل إليه ضعف من يحتاج ألفا، وهذا هو الأصح، وقيل يرد عليهم بالسوية، وهل يجوز أن يصرف من الفاضل شيء إلى إصلاح الحصون وإلى السلاح والكراع؟ وجهان: أصحهما نعم والله أعلم.، وقيل إن الأربعة أخماس تكون للمصالح لأنها كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم في حياته فتصرف بعده إلى المصالح كخمس الخمس، وعلى هذا فيعطون منها الأجناد لأن إعانتهم من أهل المصالح والله أعلم. قال

(فصل): وشرائط وجوب الجزية خمس خصال البلوغ والعقل والحرية والذكورة وأن يكون من أهل الكتاب أو ممن له شبه كتاب). الجزية هي المال المأخوذ **بال تراضي** لإسكاننا إياهم في ديارنا أو لحقن دمائهم وذراريهم وأموالهم أو لكفنا عن قتالهم، واختار القاضي حسين الأخير وضعف الأول بالمرأة فأنها تسكن دارنا ولا جزية عليها، وضعف الثاني بأنها تكرر أي الجزية بتكرر السنين." (٢)

"

الشركة لا ترتفع بالكلية، وإن كانت الأعيان أجناسا كدواب، وثياب، وحنطة، وشعير، ونحو ذلك، أو أنواعا كجمل بختي، وعربي، وضأن، ومعز، وثوبين كتان، وقطن ونحو ذلك، فطلب أحدهما أن يقسم أجناسا أو أنواعا لم يجبر الآخر، وإنما يقسم **بالتراضي**، وكذا لو اختلطت الأنواع وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء، فلا قسمة إلا **بالتراضي** على ما قطع

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، ٢/٦١

(٢) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، ٢/٢١٥

به الجمهور وهو المذهب. النوع الثالث: قسمة الرد. وصورتها أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر أو شجر أو في الدار بيت لا يمكن قسمته، فتضبط قيمة ما اختص ذلك الجانب به، وتقسم الأرض والدار على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب تلك القيمة، وهذه لا إجبار عليها بلا خلاف، لأنه دخل في ذلك ما لا شركة فيه، وكذا لو كان بينهما عبدان ونحوهما بالسوية، وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ستمائة، واقتسما على أن ي رد آخذ النفيس مائتين ليستويا، هذا هو المذهب المشهور، نعم لو تراضيا بقسمة الرد جاز وبالجملة فالراجح أن قسمة الرد والتعديل بيع، وقسمة الأجزاء إفراز على الراجح، ويشترط الرد في الرضا بعد خروج القرعة، وكذا لو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا بعد القرعة على الراجح كقولهما: رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة. إذا عرفت هذا فإن لم يكن في القسمة تقويم، وقد أمر الحاكم بها جبرا جاز قاسم واحد لأن قسمته تلزم بنفس قوله فأشبه الحاكم، وهذا هو المذهب وبه قطع جماعة، وإن كان في القسمة تقويم لم يكف إلا قاسمان لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين كذا حكاه الرافعي، والنبدنيجي، والماوردي، والروياني، والبغوي، وصاحب الكافي، وتبعهم النووي. قال ابن الرفعة: وقضيته أن الحاكم لو فوض لواحد سماع البينة بالتقويم وأن يحكم به لا يكفي، وقد قال الإمام: إن ذلك سائغ، وعبارة الروضة إن كان تقويم اشترط اثنان، وللإمام أن ينصب قاسما يجعله حاكما في التقويم، ويعتمد على عدلين، وقال ابن الرفعة: إن تعلقت بصبي أو مجنون اشترط اثنان وإلا فلا، وقضية كلام ابن الرفعة أن ذلك يجري فيما لا تقويم فيه. واعلم أ نه لو فوض الشركاء القسمة إلى واحد **بالتراضي** جاز بلا خلاف. قاله الرافعي وتبعه النووي والله أعلم. قال:." (١)

" أغلظ من غيرهما ولأن غيرهما كالتابع وإن كفى أحدهما لزمه البداءة بستر القبل ذكرا أو غيره ثم الدبر لأنه يتوجه بالقبل القبلة فستره أهم تعظيما لها ولأن الدبر مستور غالبا بالأليتين بخلاف القبل والخنثى المشكل يبدأ وجوبا بما شاء من قبليه إذا وجد كافي أحدهما والأولى أن يستر ذكره عند النساء ولو امرأة وفرجه عند الرجال ولو رجلا وأيهما شاء عند الخنثى قياسا قاله الإسنوي

فرع لو صلت أمة مكشوفة الرأس وتركت السنة وهي أن تستتر في صلاتها كالحرة فعتقت في صلاتها ووجدت خمارا بعيدا بحيث إن مضت إليه احتاجت أفعالا أي إلى أفعال كثيرة كثلاث خطوات وقد مضت إليه أو انتظرت من يلقيه عليها ومضت مدة في التكشف يحتاج في تناول ذلك فيها إلى أفعال تبطل الصلاة بطلت صلاتها لكثرة الأفعال في الأولى وطول المدة في الثانية فإن لم تجده أي الخمار بنت على صلاتها لعجزها عن الستر وكذا إن وجدته قريبا منها فتناولته ولم تستدبر قبلتها وسترت به رأسها فورا كرد ما كشفته الريح فورا وتناول غيرها فيما ذكر كتناولها كعار وجد سترة في صلاته فحكمه حكم الأمة فيما ذكر ولو لم تعلم بالسترة التي يمكنها الستر بها أو بالعتق حتى مضت مدة يمكنها التستر فيها لو علمت بطلت صلاتها كمن صلى جاهلا بالنجس

فإن قال شخص لأمته إن صليت صلاة صحيحة فأنت حرة قبلها فصلت بلا خمار عاجزة عن ستر رأسها عتقت وصحت صلاتها أو قادرة عليه صحت صلاتها ولم تعتق للدور إذ لو عتقت بطلت صلاتها وإذا بطلت صلاتها لا تعتق

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، ٢/٢٧٠

فإثبات العتق يؤدي إلى بطلانه وبطلان الصلاة فبطل وصحت الصلاة ولو عبر في هذه والتي قبلها بالسترة بدل الخمار كان أولى والخمار ثوب يستر الرأس والعنق ويقال له المقنعة

فرع ليس للعاري غصب الثوب من مستحقه بخلاف الطعام في المخمصة لأنه يمكنه أن يصلي عريانا ولا تلزمه الإعادة نعم إن احتاج إليه لدفع حر أو برد أو نحوهما جاز ذلك كالمضطر إلى الطعام ويجب عليه قبول عارية وإن لم يكن للمعير غيره وقبول هبة الطين ونحوه والتصريح به من زيادته لا قبول هبة الثوب فلا يجب لثقل المنة واقتراضه كاقتراض ثمن الماء فلا يجب واستئجاره واشتراؤه كشراء الماء فيجبان بأجرة مثل وثمنه بالشرط السابق في التيمم فلو ترك الواجب مما ذكر وصلى عاريا لم تصح صلاته لقدرته على الستر

وإن وجد ثمن الثوب أو الماء أي ما يكفي أحدهما دون الآخر وهو محتاج إليهما قدم الثوب وجوبا لدوام النفع به ولأنه يجب تحصيله للصلاة وللصون عن العيون ولأنه لا بدل له بخلاف ماء الطهارة

وإن أوصى به أي بالثوب أي بصرفه للأولى به قدمت المرأة وجوبا لأن عورتها أعظم ثم الخنثى لاحتمال أنوثته ثم الرجل وقياس ما مر في التيمم فيما لو أوصى بماء للأولى به أنه لو كفى الثوب للمؤخر دون المقدم قدم المؤخر وكالوصية في ذلك التوكيل والوقف أما لو كان الثوب لواحد فلا يجوز أن يعطيه لغيره ويصلي عريانا لكن يصلي فيه ويستحب أن يعيره لغيره ممن يحتاج إليه سواء فيه الرجل وغيره ثم إن أعاره لواحد أو لجماعة ورتبهم فذاك وإن لم يرتبهم صلوا فيه بالتراضي فإن تشاحوا أقرع

وإذا صلى الشخص في ثوب الجماع الشامل لثوب الفاعل والمفعول والحائض والصبي ونحوه أي نحو من ذكر كالنفساء والمجنون جاز لأن الأصل الطهارة والتصريح بهذا من زيادته وهو معلوم مما قدمه في باب الاجتهاد

ولو وجد ثوبا حريرا فقط صلى فيه لأنه يباح للحاجة بل يلزم الستر به ولو في خلوة فإن زاد على قدر العورة قال في المهمات فيتجه لزوم قطعه إذا لم ينقص أكثر من أجرة الثوب ورد بالمنع لأنه إضاعة مال وهي حرام ويمنع بأن ذلك إنما يفعل لغرض شرعي كالمتنجس إذا لم يجد غيره يلزمه الستر به في غير الصلاة ولو في خلوة ويقدم على الحرير لأن القصد من الساتر ستر العورة لا العبادة قاله البغوي

ويستحب للرجل أن يلبس للصلاة أحسن ثيابه ويتقمص ويتعمم ويتطيلس ويرتدي ويتزر أو يتسرول لأنه يريد التمثل بين يدي الله فيتجمل بذلك والأخيران من زيادته فإن اقتصر على ثوبين فقميص مع رداء أو إزار أو سراويل أولى من رداء مع إزار أو سراويل ومن إزار مع سراويل وبالجملة فالمستحب أن يصلي في ثوبين لظاهر قوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد والثوبان أهم الزينة ولخبر

(١) ".

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١٧٨/١

" الموجود في الأرض يكون لمحييها وما بحثه هو ما جزم به الإمام والماوردي والروياني وغيرهم وإن كانت مثقوبة فللبائع في صورته إن ادعاها وإلا بأن لم يكن يبيع أو كان ولم يدعها البائع فلقطة والتصريح بأنها لقطة إذا باع ولم يدعها من زيادته وقيد الماوردي ما ذكر بما إذا صاد من بحر الجواهر وإلا فلا يملكها بل تكون لقطة

فصل لو اختلط حمام برجيهما وجب التراد بأن يرد كل منهما حمام الآخر إن تميز لبقاء ملكه كالضالة والمراد برده إعلام مالكه به وتمكينه من أخذه كسائر الأمانات الشرعية لا رده حقيقة فإن لم يرده ضمنه فإن تناسلوا الأولى تناسلا أو تناسلت فالفرخ والبيض لمالك الأنثى لا لمالك الذكر وإن شك في كون المخالط لحمامه مملوكا لغيره أو مباحا فله التصرف فيه لأن الظاهر أنه مباح وإن تحققه أي المخالط مملوكا لغيره ولم يتميز عن مملوكه أو اختلطت حنطتاهما مثلا لم يصح بيع أحدهما نصيبه لأنه لم يتحقق الملك فيه إلا من صاحبه فيصح مع الجهل للحاجة وقد تدعو الحاجة إلى التسامح باختلال بعض الشروط ولهذا صححوا القراض والجعالة مع ما فيهما من الجهالة وكالبيع غيره من سائر التصرفات فإن كان العدد فيما يعد أو الكيل فيما يكال معروفا لهما كمائتين ومائة والقيمة متساوية فباعاه من ثالث صح لصحة توزيع الثمن عليهما بالنسبة ولو جهل كل منهما العدد أو الكيل فباعاه الثالث لم يصح وإن استوت القيمة للجهل بحصة كل منهما من الثمن كما علم مما مر وكذا إن علم ذلك ولم تستو القيمة كما اقتضاه كلامه كالمنهاج وأصليهما قال الزركشي وهو ظاهر فالحيلة في صحة بيعهما لثالث أن يبيع كل منهما نصيبه بكذا فيكون الثمن معلوما أو يوكل أحدهما الآخر في البيع لنصيبه فيبيع الجميع بثمن ويقتسماه أو يصطلحا فيه أي في المختلط على شيء بأن يتراضيا على أن يأخذ كل منهما منه شيئا ثم يبيعاه لثالث فيصح البيع واحتملت الجهالة في عين المبيع وقدره في الصور الثلاث للضرورة وقضية كلامه كأصله أن الثالثة طريق للبيع من ثالث مع الجهل وليس كذلك بل هو طريق للبيع مطلقا وعبارة الأصل قال في الوسيط لو تصالحا على شيء صح البيع واحتمل الجهل بقدر المبيع وعبارة الوسيط إنما هي صح الصلح وهي أولى وكذا لو اقتسماه **بالتراضي** صح مع الجهل للضرورة كتراضي أكثر من أربع مات عنهن من أسلم قبل الاختيار أي كما تصح قسمتهن للميراث **بالتراضي** مع جهلهن بالاستحقاق للضرورة سواء اقتسمنه بالتساوي أم بالتفاوت

فرع وإن اختلط حمام مملوك محصور أو غير محصور بحمام بلد مباح أي بحمام مباح غير محصور أو انصب ماؤه في نهر لم يحرم على أحد الاصطياد والاستقاء من ذلك استصحابا لما كان وإن لم يزل ملك المالك بذلك لأن حكم ما لا ينحصر لا يتغير باختلاطه بما ينحصر أو بغيره كما لو اختلطت محرمة بنساء غير محصورات يجوز له التزوج منهن ولو كان المباح محصورا حرم ذلك كما يحرم التزوج في نظيره ثم الحصر لا يمكن فيه أي في ضبطه إلا التقريب وحصر المجتمع أسهل من غيره فما يعسر حصره أي عده على الناظر بمجرد نظره كالألف في صعيد واحد غير محصور والعشرة والعشرون ونحوهما مما يسهل حصره على الناظر بمجرد نظره محصور وما بينهما يتفاوت في إلحاقه بإحداهما بتفاوت الأحوال والاجتماع والتفريق فيستفتى فيه القلب هذا من تصرفاته مع قصوره عن المراد والاجتماع والتفريق داخلان في الأحوال وعبارة الروضة وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن وما وقع فيه الشك استفتي فيه القلب

ولو اختلطت دراهم أو دهن حرام بدراهمه أو دهنه أو نحوهما ولم يتميز فميز قدر الحرام وصرفه إلى ما يجب صرفه فيه وتصرف في الباقي بما أراد جاز لما زاده بقوله للضرورة كحمامة لغيره اختلطت بحمامه فإنه يأكله بالاجتهاد فيه إلا واحدة كما اختلطت ثمرة غيره بثمره وهذا ما ذكره البغوي والذي حكاه الروياني أنه ليس له أن يأكل واحدة منه حتى يصالح ذلك

(١) ".

" تشتري مني أو اشتريت مني هذا بكذا فقال اشتريت لم يكف حتى يقول بعده بعتك أو نحوه فإن جوابه قبول يفتقر إلى الإيجاب فلا يكفي بدونه فرع بالكناية مع النية تصح العقود ولو لم تقبل التعليق أو لم يستقل بها الشخص كالبيع والإجارة لحصول المقصود بها كالصريح إلا فيما يجب فيه الإشهاد كالنكاح وبيع شرط على وكيله أي الوكيل به الإشهاد فيه فلا ينعقد بالكناية لأن الشهود لا يطلعون على النية نعم لو توفرت القرائن عليه في الثانية قال الغزالي فالظاهر انعقاده وأقره عليه الأصل لكن قال في المطلب أنه مخالف لكلام الأئمة انتهى وعلى الأول قد يفرق بينه وبين النكاح بأن النكاح يحتاط له أكثر وصورة الشرط أن يقول بع على أن تشهد فإن قال بع وأشهد لم يكن الإشهاد شرطا صرح بذلك المرعشي واقتضاه كلام غيره فقوله خذه أو تسلمه بكذا أو جعلته لك بكذا أو باعك ه الله بكذا كأقالك الله منه أو رده الله عليك في ا لإقالة أو بارك الله لك فيه أو سلطتك عليه بكذا أو نحوها كناية في البيع فينعقد بها مع النية ولو أخر عن هذا قوله كأقالك الله في الإقالة كان أوضح والتقدير فيه أقالك الله لأني أقلتك لا أبحتك إياه بكذا فليس كناية فيه قال في المجموع لأنه صريح في الإباحة فلا يكون كناية في غيرها وفيه نظر بل ينبغي أن ينعقد به البيع وإلا أشكل بانعقاده بلفظ الهبة المصرح فيه بأنه مع ذكر العوض صريح في البيع وبما تقرر علم أن للبيع صرائح وكنايات كغيره من العقود والحلول وصريح كل باب ما وضع له فلا يفهم منه غيره وكنايته ما احتمله وغيره تنبيه هل الكناية الصيغة وحدها أو مع ذكر العوض فيه التفات إلى أن ما أخذ صراحة لفظ الخلع في الطلاق ذكر العوض أو كثرة الاستعمال والأصح في الروضة الأول وفي غيرها الثاني فتكون صورة الكناية على الأول والصيغة وحدها فيصح العقد بها مع ذكر العوض بل قيل أو مع نيته والذي فـي الأصل وغيره تصويرها بالصيغة مع ذكر العوض والأول أوجه فرع الكتابة بالبيع ونحوه على لوح أو ورق أو أرض أو نحوها لا على المائع والهواء إلى الغائب كناية في ذلك فينعقد بها مع النية لحصول التراضي بخلاف الكتابة على المائع ونحوه لأنها لا تثبت وتعبيره بالمائع أعم من تعبير أصله بالماء فيشترط القبول من المكتوبات إليه حال الاطلاع ليقترن بالإيجاب بقدر الإمكان فإذا قبل فله الخيار ما دام في مجلس قبوله ويثبت الخيار للكاتب ممتدا إلى أن ينقطع خيار صاحبه حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح رجوعه ولم ينعقد البيع وإن كتب بذلك لحاضر ففي الصحة تردد أي وجهان رجح منهما السبكي والزركشي الصحة ولو باع من

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ١/ ٥٦٠

غائب كأن قال بعت داري لفلان وهو غائب فقبل حين بلغه الخبر ممن أرسله إليه البائع أو من غيره صح كما لو كاتبه بل أولى لأن اللفظ أقوى من الكتب فرع يشترط في صحة ال عقد أن يقع القبول بعد

---

(١) ".

" الصيغة **والتراضي** والأخرس يشير أو يكتب بالعقد والحل للمعالجة وهذا أعم من قول الأصل يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة والكتابة وسيأتي في الطلاق أيضا ذكر الإشارة وأنه إن فهمها الفطن وغيره فصريحة أو الفطن فقط فكناية فرع وإن قال أعتق عبدك عني بألف مثلا ففعل حصل البيع ضمنا بما ذكر من الالتماس والجواب ولو قال بعتك بكذا فقال قبلت صح بخلاف النكاح يشترط فيه أن يقول قبلت نكاحها أو تزويجها كما سيأتي في بابه احتياطا للإبضاع وبذلك صرح الأصل هنا الأمر الثاني مما اعتبر في صحة البيع أهلية العاقد موجبا أو قابلا وشرطه إطلاق التصرف والاختيار فلا يصح بيع صبي وإن قصد اختباره به ولا بيع مجنون ومحجور عليه بسفه ولو بغبطة لما سيأتي في الحجر وتعبيره بإطلاق التصرف أولى من تعبير أصله بالتكليف ويشترط أن يبقى العاقدان على أهلية العقد إلى تمامه فلو جن أحدهما أو أغمي عليه قبل القبول بطل الإيج اب ولا يصح بيع مكره لآية ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولخبر إنما البيع عن تراض إلا بيع مكره بحق كالممتنع من أداء الحق عند الحاكم فيكرهه على البيع ونحوه كالشراء لما أسلم إليه فيه فيصح لأنه إكراه بحق وإلا بيعه مال المكره له فيصح قاله القاضي كنظيره في الطلاق لأنه أبلغ في الإذن وتعبيره بما ذكر أعم من تعبير الروضة بالبيع وشراء ما أسلم إليه فيه ويصح بيع المصادر من جهة ظالم بأن باع ماله لدفع الأذى الذي ناله لأنه لا كراء فيه ومقصود من صادره تحصيل المال من أي وجه كان ويصح عقد السكران المتعدي بسكره وإن كان غير مكلف لأنه من قبيل ربط الأحكام بالأسباب الذي هو خطاب الوضع كما مر بيانه في الجمعة فرع وإن أتلف الصبي أو تلف عنده ما ابتاع أو ما اقترض من رشيد وأقبضه له لم يضمن في الظاهر لأن المقبض هو المضيع لماله أما في الباطن فيغرم بعد البلوغ نص عليه في الأم في باب الإقرار أو من صبي مثله ولم يأذن الوليان ضمن كل منهما ما قبض من الآخر وإن كان ذلك بإذن الوليين فالضمان عليهما فقط لوجود التسليط منهما وعلى البائع للصبي رد الثمن الذي قبضه منه إلى وليه وعلى وليه استرداده فلو سلمه الأنسب رده إلى الصبي ولو بإذن الولي وهو ملك للصبي لم يبرأ منه أو للولي وقد أذن برئ قال منه الزركشي ومحل قولنا لا يبرأ بالدفع للصبي بإذن وليه ما إذا لم يكن في مصلحة تتعلق ببدنه من مأكل ومشرب وملبس ونحوها فإن كان برئ وإن قال شخص لمن له عنده وديعة أو له عليه دين سلم إلى الصبي وديعتي أو قدر ديني الذي عليك أو ألقهما في البحر فامتثل برئ من الوديعة لأنه امتثل أمره في حقه المتعين لا من الدين لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ولم يوجد في معنى الوديعة كل ما

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٤

". (١)

" ويجب تعيين نوع الدراهم والدنانير المبيع بها لفظا إن اختلفت النقود لاختلاف الغرض باختلافها فلا يكفي التعيين بالنية بخلاف نظيره في الخلع لأنه يغتفر فيه ما لا يغتفر هنا وبخلاف ما لو قال من له بنات زوجتك بنتي ونويا واحدة وقد يفرق بأن ذكر العوضين هنا واجب فوجب الاحتياط باللفظ بخلافه ثم فاكتفى بالنية فيما لا يجب ذكره فإن اتفقت النقود بأن لم تتفاوت قيمة وغلبة صح البيع من غير تعيين ويسلم أيها شاء وإن غلب واحد منها انصرف إليه العقد المطلق لأنه المتبادر وإن كان فلوسا وسماها وما اقتضاه كلامه كأصله من أنها من النقود وجه والصحيح أنها من العروض وسيذكرها

وكذا ينصرف إلى الغالب إن كان مكسرا أو لم تتفاوت قيمة أو كان النصف مثلا صحاحا والنصف الآخر مكسرة وإن كان يعهد التعامل بهذه مرة وبتلك أخرى ولا تفاوت بينهما صح البيع وسلم أيهما شاء ولو كان النقد مغشوشا جازت المعاملة به ولو جهل قدر الفضة نظرا للعرف فإن قلت أي بان بعد البيع قلة فضة المغشوش جدا فله الرد إن اجتمع منها مالية لو ميزت وإلا فيبطل البيع كما لو ظهرت من غير الجنس وقوله من زيادته بالعيب إيضاح ولو غلب التعامل بعرض وباع به كصاع حنطة انصرف العقد إلى الغالب أيضا كالنقد وقيمة المتلف كثمن المبيع فيما ذكر فتنزل على ما ينزل عليه الثمن فلو كان ثم نقدان ولا غالب وحصل تنازع عين القاضي واحدا للتقويم ولو قال بعتك بألف صحاح ومكسرة لم يصح البيع لجهل النقدين كما لو قال بعتك بألف ذهبا وفضة فرع وإن باع شخصا شيئا بدينار صحيح فأعطاه صحيحين بوزنه أي الدينار أو عكسه أي باعه ب د ينارين صحيحين فأعطاه دينارا صحيحا بوزنهما لزمه قبوله لأن الغرض لا يختلف بذلك وصورة العكس من زيادته ولا حاجة لقوله فيها فأعطاه دينارا بوزنهما لا إن أعطاه في الأولى صحيحا أكثر من دينار كأن يكون وزنه دينارا أو نصفا فلا يلزمه قبوله لضرر الشركة إلا **بالتراضي** فيجوز فلو أراد أحدهما كسره وامتنع الآخر لم يجبر عليه لضرر القسمة وإن باع بنصف مثقال أخذ شقا وزنه نصف مثقال فإن سلم إليه صحيحا أكثر من نصف مثقال وتراضيا بالشركة فيه جاز إلا أن شرط كون النصف مدورا فلا يلزمه أخذ شق والعقد صحيح لكن إن نذر وجوده بطل العقد لعدم القدرة على تسليمه واستشكل بما سيأتي من أنه لو باع بنقد يعز وجوده صح ثم إن لم يوجد استبدل عنه وأجيب بأن ذاك يمكن الاطلاع على قيمته حالة الاستبدال بخلاف نصف دينار مدور فإنه إذا لم يرج رواج النقود لا يدري ما قيمته والجهل بالقيمة يصلح لأن يكون علة لعدم الاستبدال وإن باع شخصا شيئا بنصف من دينار صحيح ثم باعه شيئا آخر بنصف كذلك وشرط في البيع الثاني تسليم صحيح عنهما بطل البيع الثاني للشرط وكذا الأول إن كان قبل لزومه لذلك أيضا لأن الواقع في زمن الخيار كالواقع في العقد بخلاف ما لو كان بعد لزومه وإن لم يشرط ذلك وسلم صحيحا عن النصفين فقد زاد خيرا أو قطعتين وزن كل واحدة نصف دينار جاز قال البلقيني محل قولهم فقد زاد خيرا إذا اتحد المستحق فلو باع الأول لنفسه والثاني لغيره بوكالة أو نحوها فلا يكون قد زاد خيرا لضرر الشركة ولو قال بعتك بنصفي دينار لزمه تسليم دينار صحيح أو بنصف دينار وثلث دينار وسدس دينار فلا نقل ذلك في المجموع عن الصيمري

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٦/٢

والعمراني وأقره وظاهر أنه لو لم يكرر المضاف إليه في الثانية فقال نصف وثلث وسدس دينار لزمه دينار صحيح فرع وإن باع بنقد معدوم أصلا ولو مؤجلا أو معدوم في البلد حالا أو مؤجلا إلى أجل لا يمكن فيه نقله إلى البلد بالوجه الآتي لم يصح لعدم القدرة على تسليمه أو إلى أجل يمكن فيه النقل عادة بسهولة للمعاملة صح ثم إن أحضره بعد الحلول فذاك فلو لم يحضره استبدل عنه لجواز الاستبدال عنه فلا ينفسخ العقد وكذا يستبدل لو باع بموجود عزيز فلم يجده وليس له فيما إذا عقد بنقد إلا النقد الواجب بالعقد لكونه عين فيه أو أطلق وحملناه على نقد البلد وإن أبطله

". (١)

" صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان للبيع رواه الشيخان وفي رواية للبخاري لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى الأسواق فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار والمعنى فيه غبنهم سواء أخبر المشتري في الأولى أو البائع في الثانية كاذبا أم لم يخبر والوجه الثاني لا يحرم البيع منهم وصححه الأذرعي تبعا لابن أبي عصرون ثم قال وفيه وقفة للمعنى السابق ولخبر دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وقال الزركشي ينبغي أن يكون الراجح التحريم نظرا للمعنى كما هو الراجح فيما إذا لم يقصد التلقي وخرج بقبل دخول البلد التلقي بعد دخوله فلا يحرم لمفهوم الخبر ولأنه إن وقع لهم غبن فالتقصير منهم لا من المتلقين ويصح كل من الشراء والبيع وإن ارتكب محرما لما مر في بيع حاضر لباد ولهم بعد الدخول للبلد الأولى بعد علمهم بالسعر الخيار فورا إن غبنوا للخبر إلا في الفور فقياسا على خيار العيب ولو التمسوا البيع منه ول و مع جهلهم بالسعر أو لم يغبنوا كأن اشتراه منهم بسعر البلد أو أكثر أو بدونه وهم عالمون به فلا خيار لهم لانتفاء المعنى السابق ويؤخذ من كلامهم أنه لا يأثم وهو ظاهر إذ لا تغرير وكذا لا خيار لهم إذا كان التلقي بعد دخول البلد ولو خارج السوق لإمكان معرفتهم الأسعار من غير المتلقين لكن ظاهر الخبر يقتضي خلافه وقد يقال يوافقه قول ابن المنذر وجماعة أنه يحرم التلقي خارج السوق ويمنع بأنه لا يلزم من التحريم ثبوت الخيار ولو لم يعرفوا الغبن حتى رخص السعر وعاد إلى ما باعوا به فهل يثبت الخيار وجهان في البحر وغيره منشؤهما اعتبار الابتداء أو الانتهاء وكلام الشاشي يقتضي عدم ثبوته والأوجه ثبوته وهو ظاهر الخبر وإليه ميل الإسنوي في شرح المنهاج وقد يقال الأوجه عدم ثبوته كما في زوال عيب المبيع ويجاب بأن المقتضي وأثره زالا ثم وهنا وإن زالا أثره لم يزل هو مع أنه لم يحصل إلا بمحرم ويعصي بالشراء ولو لم يقصد التلقي كأن خرج لصيد أو غيره فرآهم فاشترى منهم لشمول الخبر والمعنى لذلك وكذا يحرم السوم على سوم أخيه لخبر لا يسوم الرجل على سوم أخيه وهو خبر بمعنى النهي والمعنى فيه الإيذاء وذكر الأخ ليس للتقييد بل للرقة والعطف عليه فالكافر كالمسلم في ذلك وهو أن يزيد عليه في ثمن ما يريد شراءه بعد استقرار الثمن **بالتراضي** صريحا وقبل العقد أو يخرج للمشتري أرخص مما يريد شراءه أو يرغب مالكه في استرداده ليشتريه منه بأكثر ولو لم يصرح له المالك بالإجابة بأن عرض بها أو سكت أو كانت الزيادة قبل استقرار الثمن بأن كان المبيع إذ ذاك ينادى عليه لطلب الزيادة لم يحرم ذلك فإن أخرج آخر للمشتري الأرخص أو زاد في الثمن بعد العقد وقبل اللزوم بأن كان في زمن خيار

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/١٦

المجلس أو خيار الشرط قال الإسنوي أو بعد اللزوم ووجد بالمبيع عيبا ولم يكن التأخير مضرا فهو في الأول بيع على بيعه أي على بـيع أخيه وفي الثاني شراء على شرائه والضابط في الأول أن يرغب المشتري في الفسخ في زمن الخيار ليبيعه خيرا منه بمثل ثمنه أو مثله بأقل وفي الثاني أن يرغب البائع في الفسخ في زمن الخيار ليشتريه منه بأكثر وكلاهما حرام ولو رآه أي المشتري في الأول والبائع في الثاني مغبونا لخبر الصحيحين لا يبع بعضكم على بيع بعض زاد النسائي حتى يبتاع أو يذر

ولخبر مسلم المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر والمعنى فيهما الإيذاء وذكر المؤمن ليس للتقييد بل لأنه أسرع امتثالا وفي معنى البيع على البيع ما نص عليه الشافعي من نهي الرجل أن يبيع المشتري في مجلس العقد سلعة مثل التي اشتراها خشية أن يرد الأولى وظاهر أن خيار الشرط فيما قاله كخيار المجلس وألحق الماوردي بالشراء

". (١)

" وقضية كل من العلتين عدم ثبوته في البيع الوارد على منفعة كحق الممر ظاهر كلامهم أو صريحه يخالفه قال القفال وطائفة ومحل الخلاف في إجارة العين أما إجارة الذمة فيثبت فيها الخيار قطعا كالسلم ذكره الأصل وقيل يثبت أيضا في الإجارة المقدرة بمدة وصححه النووي في تصحيح التنبيه والمشهور خلافه وإذا اشترى من يعتق عليه فالعتق موقوف سواء قلنا المالك موقوف أم لا حتى يتفرقا أو يختار اللزوم فيتبين أنه عتق من حين الشراء ويثبت الخيار في شراء الجمد ولو بشدة الحر بحيث ينماع بها لا في شراء العبد نفسه لأن مقصود العتق كالكتابة والترجيح فيها وفي التي قبلها بالنسبة للشراء في شدة الحر من زيادته وبه صرح في المجموع قال الزركشي في الثانية وهذا بالنسبة للعبد فقط لأنه من جهة السيد بيع ومن جهة العبد يشبه الفداء كما لو أقر بحريته ثم اشتراه يثبت الخيار للبائع دونه وفي الصورتين يتبعض خيار المجلس ابتداء ويثبت في قسمة الرد فقط أي دون قسمتي الإفراز والتعديل سواء جرتا بإجبار أم بتراض وسواء قلنا إنهما في حالة التراضي بيع أم لا لأنه لو امتنع منهما الشريك أجبر عليهما والإجبار ينافي الخيار قال الأذرعي وترجيح الشيخين ذلك على القول بأنهما بيع تبعا فيه ترجيح البغوي وغيره جزم به الماوردي والذي جزم به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والدارمي وابن الصباغ والجرجاني والعمراني وغيرهم ثبوت الخيار ولو شرطا نفي خيار المجلس بطل البيع لأنه ينافي مقتضاه فأشبه ما لو شرط أن لا يسلم المبيع ولو قال لعبده إن بعتك فأنت حر فباعه عتق لأن عتق البائع في مدة الخيار نافذ بخلاف ما لو باعه بشرط نفي الخيار لا يعتق لعدم صحة البيع فصل وينقطع خيار المجلس إما بالتخاير من العاقدين نحو تخايرنا العقد أو اخترناه أو ألزمناه أو أمضيناه أو اخترنا إبطال الخيار أو إفساده فلو قال أحدهما ل صاحبه اختر انقطع خيار القائل ولو لم يختر صاحبه لتضمنه الرضا باللزوم ولو اختار أحدهما لزومه سقط خياره وبقي خيار الآخر واحتمل تبعيض الخيار لوقوعه دواما والفسخ مقدم على الإجازة فلو فسخ أحدهما وأجاز

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٩/٢

الآخر قدم الفسخ وإن تأخر عن الإجازة لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها وتبايعها في العوضين ولو ربويين بعد القبض لهما بيعا ثانيا إجازة للأول لأنه رضي بلزومه ويصح الثاني ويثبت فيه الخيار ولو أجازا في الربوي وتفرقا قبل التقابض بطل العقد وقد سبق بيانه في الربا عبارة الأصل هنا ولو أجازا في عقد الصرف قبل التقابض فوجهان أحدهما تلغو الإجارة فيبقى الخيار والثاني يلزم العقد وعليهما التقابض فإن تفرقا قبله انفسخ العقد ولا يأثمان إن تفرقا عن تراض وإن انفرد أحدهما بالمفارقة أثم ورجح في المجموع الثاني

وإما بالتفرق بأبدانهما عن مجلس العقد للخبر السابق فلو أقاما فيه مدة أو تماشيا مراحل فهما على خيارهما وإن زادت المدة على ثلاثة أيام أو أعرضا عما يتعلق بالعقد ويحصل بأن يفارق أحدهما الآخر من المجلس ولو ناسيا أو جاهلا وإن استمر الآخر فيه لأن التفرق لا يتبعض بخلاف التخاير وكان ابن عمر راوي الخبر إذا ابتاع شيئا فارق صاحبه رواه البخاري وروى مسلم قام يمشي هنية ثم رجع وعليه يحمل ما رواه الترمذي أنه إذا ابتاع شيئا وهو قاعد قام ليجب له وقضية ذلك حل الفراق خشية أن يستقيله صاحبه وهو مشكل بما رواه الترمذي وحسنه أنه صلى الله عليه وسلم قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله وقد يجاب بحمل الحل في الخبر على الإباحة المستوية الطرفين ويعتبر في التفرق العرف فإن

"(١).

" القاضي نعم لحصول الضرر وقد يؤيد الأول بما في الإبانة من أنه لا خيار له فيما إذا تجعد شعره بنفسه ويجاب بأن التصرية تعلم غالبا من الحلب كل يوم فالبائع مقصر بخلاف التجعد فإن زاد اللبن بقدر التصرية أي بقدر ما أشعرت به واستمر فلا خيار لزوال المقتضي له فرع لو علم المشتري بالتصرية بعد الحلب ردها أي المصراة ولزمه صاع تمر وإن زادت قيمته على قيمتها بدل اللبن الموجود حالة العقد إن تلف اللبن أو لم يتراضيا على رده للخبر السابق ولو علم بها قبل الحلب رد ولا شيء عليه ويتعين التمر والصاع ولو قل اللبن للخبر فيهما وقطعا للنزاع في الثاني فلا يختلف قدر التمر بقلة اللبن وكثرته كما لا تختلف غرة الجنين باختلاف ذكورة وأنوثة ولا أرش الموضحة باختلافهما صغرا وكبرا وبما قاله علم أن المشتري لا يكلف رد اللبن لأن ما حدث بعد البيع ملكه وقد اختلط بالمبيع وتعذر تمييزه فإذا أمسكه كان كالتالف وأنه لا يرده على البائع قهرا وإن لم يحمض لذهاب طراوته والعبرة بغالب تمر البلد كالفطرة فإن تراضيا بغيره أي بغير صاع تمر من مثلي أو متقوم جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما وفي نسخة ويجوز التراضي بغيره قال الزركشي والظاهر أنهما لو تراضيا على الرد بغير شيء جاز فإن أعوزه التمر أي عدمه والمراد تعذر عليه فقيمته بالمدينة تلزمه كذا نقله الشيخان عن الماوردي والماوردي لم يرجح شيئا بل حكى وجهين أحدهما هذا وثانيهما قيمته في أقرب بلاد التمر إليه قال السبكي والأذرعي وغيرهما وهو الأصح أخذا من كلام الشافعي على أن التقييد بالمدينة لا وجه له بل ينبغي اعتبار الحجاز وكلام الإمام يشير إليه قاله الزركشي ومسألة الإعواز ساقطة من كثير من نسخ الروض وكأنه لما عرفت ولو اشترى

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤٨/٢

مصراة بصاع من تمر ردها وصاع تمر إن شاء واسترد صاعه قال القاضي وغيره لأن الربا لا يؤثر في الفسوخ قال الأذرعي واسترداد الصاع من البائع ظاهر إن كان باقيا بيده فلو تلف وكان من نوع ما لزم المشتري رده فيخرج من كلام الأئمة أنهما يقعان في التقاص إن جوزناه في المثليات كما هو الأصح المنصوص للرافعي وقول المصنف من زيادته إن شاء يفهم أنه لا يتعين ما ذكر بل إن شاء فعله وإن شاء رد المصراة وحدها واكتفى عن رد الصاع بالصاع الذي وقع ثمنا وهو ظاهر إن كان باقيا أو تالفا وتراضيا أو لم يتراضيا لكن كان من نوع ما لزمه رده وقلنا بالتقاص في غير النقد من المثليات فرع لو رد غير المصراة بعد الحلب بعيب فهل يرد بدل اللبن وجهان أحدهما وبه جزم البغوي وصححه ابن أبي هريرة والقاضي وابن الرفعة نعم كالمصراة فيرد صاع تمر وقال الماوردي بل قيمة اللبن لأن الصاع عوض لبن المصراة وهذا لبن غيرها فإن اختلفا في قدرها صدق المشتري لأنه غارم وثانيهما لا لأنه قليل غير معتنى بجمعه بخلافه في المصراة ونقله السبكي كغيره عن نص ال شافعي ثم قال وتحقيقه أنه إن لم يكن لها لبن وقت الشراء أو كان يسيرا كالرشح ردها ولا شيء معها لأن اللبن حدث على ملكه وإلا ففيه أوجه أصحها قول البغوي أنه يرد معها الصاع كالمصراة بجامع أن اللبن يقابله قسط من الثمن فرع لا يختص هذا أي خيار التصرية بالنعم بل لو اشترى أتانا أو جارية مصراة ردها لأن لبنها مقصود للتربية ولكن لا بدل للبنها لأن لبن الأتان نجس ولبن الجارية لا يعتاض عنه غالبا وقضية كلامه كغيره إن رد الصاع جار في كل مأكول قال السبكي وهو الصحيح المشهور واستبعده الأذرعي في الأرنب والثعلب والضبع ونحوها وإن حبس ماء القناة أو ماء الرحى وأرسله عند البيع أو الإجارة تخييلا لكثرته أو حمر وجنة الجارية تخييلا لحسنها أو ورم وجهها ليظن المشتري سمنها أو سود شعرها أو جعده ليوهم أنه خلقة فله الخيار كالتصرية بجامع التلبيس وخرج ب جعده ما لو سبطه وبان جعدا فلا خيار لأن الجعو د ة أحسن ولا يختص ذلك بالجارية بل العبد كذلك وكذا الخنثى فيما يظهر

". (١)

" يعد تركهما ولا تعليقهما انتفاعا ولأن القود يعسر بدونهما والعذار ما على خد الدابة من اللحام أو المقود ولا يضر علفها وسقيها وحلبها في الطريق كما صرح بها الأصل ووجهه في حلبها أن اللبن نماء حدث في ملكه وصورته أن يحلبها سائرة فإن حلبها واقفة بطل حقه كما حكاه في البحر عن الأصحاب وجزم به السبكي قال الأذرعي وفيه وقفة وينبغي أن لا يضر إذا لم يتمكن منه حال سيرها أو حال علفها أو سقيها أو رعيها وكالركوب لها ولو للرد والسقي فإنه انتفاع كما لو لبس الثوب للرد لا ركوبها لجموحها بضم الجيم بأن يعسر سوقها وقودها والإنعال بكسر الهمزة أي وكإنعالها في الطريق فإنه يسقط الرد والأرش إلا أن عجزت عن المشي للعذر فإن علم به أي بعيب الدابة أو الثوب في الطريق راكبا لها نزل عنها لأن استدامة الركوب ركوب أو لابسا له لم يجب نزعه فيها أي في الطريق لأنه لا يعتاد نزعه فيها قال في المهمات ويتعي ن تصويره في ذوي الهيئات لأن غالب المحترفة لا يمتنعون من ذلك ويأتي نحوه في النزول عن

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٦٢/٢

الدابة انتهى فرع لو صالحه البائع بالأرش أي بجزء من الثمن أو غيره عن الرد لم يصح لأنه خيار فسخ فأشبه خيار التروي في كونه غير متقوم ولم يسقط الرد لأنه إنما أسقطه بعوض ولم يسلم إلا أن علم البطلان أي بطلان المصالحة فيسقط الرد لتقصيره وليس له أن يمسك المبيع ويطالب بالأرش ولا للبائع أن يمنعه من الرد ويدفع الأرش ولو اشترى عبدا فأبق قبل قبضه فأجاز المشتري البيع ثم أراد الفسخ قبل عوده فله ذلك كما سيأتي بيانه في الباب الآتي فصل وإن حدث بالمبيع مع المشتري أي عنده عيب آخر بآفة أو جناية وعلم به عيبا قديما لم يملك الرد قهرا لإضراره بالبائع ولا يكلف المشتري الرضا به فإن اتفقا على الفسخ والرجوع على المشتري بأرش العيب الحادث أو على الإجازة والرجوع على البائع بأرش القديم فذاك ظاهر فإن قلت تقدم أن أخذ أرش القديم **بالتراضي** ممتنع قلنا عند إمكان الرد يتخيل أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وهي لا تقابل بخلافه عند عدم إمكانه فإن المقابلة تكون عما فات من وصف السلامة في المبيع ولو لم يتفقا على ذلك بأن طلبه أي الفسخ مع الرجوع بالأرش أحدهما وطلب الآخر الإجازة والرجوع بأرش العيب القديم أجيب طالبها أي الإجازة سواء أكان البائع أم المشتري لتقريره العقد ولأن الرجوع بأرش القديم يستند إلى أصل العقد لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة السليم وضم أرش الحادث إدخال شيء جديد لم يكن في العقد فكان الأول أولى واستشكل هذا بما مر آنفا من أنهما لو تراضيا بالرد ضم أرش الحادث جاز وإن لم يكن مستند إلى أصل العقد وأجيب بأنه لما كان الفسخ ثم **بالتراضي** احتمل فيه هذه الزيادة التابعة وحيث أوجبنا أرش الحادث لا ننسبه إلى الثمن بل يرد ما بين قيمة المبيع بالعيب القديم وقيمته معيبا وبالعيب الحادث بخلاف أرش القديم كما مر هذا إن بادر المشتري بإعلام البائع بالحادث مع القديم ليأخذ المبيع بلا أرش أو يتركه بإعطاء أرش فإن أخر إعلامه بذلك بلا عذر بطل الرد والأرش عن القديم لإشعار التأخير بالرضا به إلا أن يكون الحادث سريع الزوال غالبا كالحمى والرمد والصداع ووجع البطن فإن له التأخير للرد في أحد القولين ليرد سليما عن الحادث بلا أرش وجزم به في الأنوار والثاني لا لقدرته على طلب الأرش فرع لو زال العيب الحادث بعد أخذ أرش أي أخذ المشتري أرش العيب القديم أو بعد

(١) ".

" قضاء الحاكم له به ولم يأخذه لم يفسخ أي ليس له الفسخ ورد الأرش لانفصال الأمر بذلك فإن زال قبل أخذه أو قضاء القاضي به للمشتري أو قبلهما معا فسخ ولو بعد **التراضي** على أخذ الأرش وإن زال العيب القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذه وبعده وجب رده لزوال المقتضي لأخذه فرع ما ثبت به الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري وما لا يثبت به الرد عليه فلا يمنع الرد إذا حدث عند المشتري إلا في الأقل فيمنع الرد وإن كان لا يثبته كالثيوبة في أوانها فإنه لا يرد بها مع أنه لو اشترى بكرا فوطئها امتنع الرد وكوجود العبد غير قارئ أو عارف لصنعته فإنه لا يرد به مع أنه اشتراه قارئا أو عارفا لصنعة فنسي القرآن أو الصنعة امتنع الرد وهذه في الأصل وقد أخذ المصنف في بيان صور يتضح بها ما ذكره من الشقين فقال فوطء المشتري الثيب لا يمنع الرد بالعيب القديم وإن حرمها بوطئه على البائع لكون

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٦٨

المشتري ابن ه أو أباه لأن القيمة لم تنقص بذلك ولا يخفى أن الوطء ليس المقصود بل المقصود التحريم فكان الأولى أن يقول فتحريم الأمة الثيب بوطئها على البائع لا يمنع الرد كما لا يثبته وكذا لا يمنعه إرضاع يحرم الصغيرة عليه أي البائع كأن ارتضعت من أمه أو ابنته في يد المشتري ثم علم بالعيب بخلاف التزويج أي تزويج المشتري الأمة قبل علمه بالعيب فإنه يمنع الرد لنقصه القيمة

فإن علق الزوج طلاقها بالرد فردها قبل الدخول جاز الرد لزوال المانع به ولم تخلفه عدة كذا نقله الأصل عن الروياني والروياني نقله عن والده ثم قال ويحتمل منع الرد لمقارنة العيب له قال السبكي وفي ذهني من كلام غيره ما يعضده وألحق الإسنوي بما نقله الأصل تزويجها من البائع لأنه بالرد ينفسخ النكاح قال ولم أره مسطورا قلت قد رأيته مسطورا في التتمة وذكر أنه يمتنع فيه الرد لمقارنة العيب له ونقله عنها السبكي ثم قال وقد يرتب ذلك على أن العلة مع المعلول فيرد أو قبله فوجهان أحدهما منع الرد لما مر قال الروياني ولأن الزوج قد يموت عقب الرد فيلزمها عدة الوفاة ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أي لمصادفته البينونة فيؤدي الرد إلى إلحاق الضرر به والثاني يرد لزوال المانع بالرد ولأن الزوجية في مثل ذلك لا تعد عيبا والأقوى المنع لما قاله الروياني انتهى ومثلها مسألة المتولي إذ لا فرق بينهم ا وإقرار العبد على نفسه في يد المشتري بدين معاملة لا يمنع الرد بالعيب القديم وكذا إقراره بدين إتلاف لا يمنعه إلا أن صدقه المشتري فيه فيمنعه وعفو المجني عليه عند التصديق كزوال العيب الحادث فيمنع الرد بعد أخذ أرش القديم أو بعد حكم الحاكم به ويجوز قبلهما ولو **بالتراضي** على أخذ الأرش فرع لو حدث بالمبيع عيب مثل القديم كبياض قديم وحادث في عينه ثم زال أحدهما وأشكل الحال واختلف فيه العاقدان فقال البائع الزائل القديم فلا رد ولا أرش وقال المشتري بل الحادث فلي الرد حلف أي كل منهما على ما قاله وسقط الرد بحلف البائع ووجب للمشتري بحلفه الأرش وإنما وجب له مع أنه إنما يدعي الرد لتعذر الرد وإن الأولى فإن اختلفا في قدره وجب الأقل لأنه المتيقن ومن نكل منهما عن اليمين قضى عليه كما في نظائره فرع لو اشترى ربويا بجنسه كأن اشترى حلي ذهب أو فضة بوزنه ذهبا أو فضة فبان معيبا وقد حدث عن د ه عيب فسخ هو على ما اقتضاه كلامه كأصله وغيره أو هو أو البائع أو الحاكم كما في الفسخ في التحالف على ما اقتضاه كلام الإمام أو الحاكم على ما نقله السبكي وغيره عن الشيخ أبي حامد وصاحب العدة وغيرهما لكن استبعده السبكي بأن هذا رد عيب لا دخل للحاكم فيه ومال الزركشي إلى كلام الإمام والأوجه الأول لأنه رد بعيب ولا تحالف فيه حتى يفسخ البائع أو الحاكم ورده أي الحلي بأرش الحادث ولا ربا لأن الحلي في مقابلة الثمن وهما متماثلان والعيب الحادث مضمون عليه كعيب المأخوذ على جهة السوم ولو كان الأرش من جنسه أي الحلي فإنه يجوز رده بالأرش إذ لو امتنع الجنس

". (١)

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٦٩/٢

" ذلك مما لا يضايق فيه عادة لأنه لا ضرر فيه ولو منع منه لأنه عناد محض وهكذا جدار الغير له ذلك فيه وإن منع منه لما ذكر وهو كالاستضاءة بسراج غيره والاستظلال بجداره ولهما أي الشريكين قسمته عرضا في كمال الطول وعكسه أي قسمته طولا في كمال العرض **بالتراضي** لا بالجبر فلو طلبها أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لاقتضاء الإجبار القرعة وهي ممتنعة هنا لأنها ربما أخرجت لكل منهما ما يضر الآخر في انتفاعه بملكه فقوله من زيادته فقط تأكيد لما قبله والارتفاع للجدار من الأرض سمك بفتح السين والنزول منه إليها عمق بضم المهملة لا طول وعرض له بل طوله امتداده من زاوية البيت إلى زاويته الأخرى مثلا وعرضه هو البعد النافذ من أحد وجهيه إلى الآخر وكيف يقسم الجدار هل يشق بالمنشار أو يعلم بعلامة كخط فيه وجهان الظاهر جواز كل منهما ولا نظر في الأول إلى أن شق الجدار إتلاف له وتضييع لأنهما يباشران القسم ة لأنفسهما فهو كما لو هدماه واقتسما النقض ويجبر على قسمة عرضه أي الجدار قبل بنائه أو بعد هدمه إذا طلبها منه شريكه ولو كانت عرضا في كمال طول ليختص كل منهما فيما إذا اقتسما عرضا في كمال الطول بما يليه فلا يقتسمان فيه بالقرعة لئلا يخرج بها لكل منهما ما يلي الآخر بخلاف ما إذا اقتسما طولا في كمال العرض وقوله ليختص كل بما يليه من زيادته وفارق ما ذكر في عرصة الجدار ما مر فيه بأنها مستوية ويتيسر قسمتها غالبا بخلاف الجدار

فصل لو هدمه أي الجدار المشترك بين اثنين أحدهما بغير إذن الآخر لاستهدامه أو لغيره وفي نسخة لو هدمه أحد لزمه الأرش أي أرش النقص لا إعادة البناء لأن الجدار ليس مثليا وعليه نص الشافعي في البويطي وإن نص في غيره على لزوم الإعادة والترجيح من زيادته هنا ولا إجبار على إعادة الجدار المشترك بين الملكين وفي نسخة المالكين ولا على إعادة البيت المشترك إذا انهدم كل منهما ولو بهدم الشريكين له لاستهدامه أو لغيره كما لا يجبر على زرع الأرض المشتركة ولأن الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة نعم يجبر في الأرض على إجارتها على الصحيح وبها يندفع الضرر وذكر البيت من زيادته قال في الأصل ويجري ذلك في النهر والقناة والبئر المشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما وإصلاح دولاب بينهما تشعث إذا امتنع أحدهما من التنقية أو العمارة ولا على سقي النبات من شجر وغيره وهذا من زيادته وبه صرح القاضي وغيره وص ر ح الجوري بأنه يجبر عليه اتفاقا ونقل في المطلب المقالتين قال الأذرعي والأوفق بكلامهم في أواخر النفقات كلام القاضي ولا على إعادة السفل استقلالا أو معاونة لصاحب العلو أي لينتفع به فلو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر وانهدمت فليس للأول إجبار الثاني على إعادة السفل ولا للثاني إجبار الأول على معاونته في إعادته والسفل والعلو بضم أولهما وكسره

بل انتقالية لا إبطالية للشريك في الجدار المشترك بين الملكين بناؤه بماله أي بآلته فليس للآخر منعه لأن له غرضا في وصوله إلى حقه بخلاف بنائه بآلة الآخر أو بالآلة المشتركة ثم ما أعاده بآلته ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء إلا أن يكون للآخر عليه قبل ذلك بناء كما سيأتي في كلامه قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ فإن قيل أساس الجدار بينهما فكيف جوزتم له بناءه بآلته وأن ينفرد بالانتفاع به بغير إذن شريكه قلنا لأن له حقا في الحمل عليه

". (١)

" لأنه لا يثبت فيها بدليل منع السلم فيه

وتقسيم الإجارة إلى واردة على العين وواردة على الذمة لا ينافي تصحيحهم الآتي آخر الباب أن موردها المنفعة لا العين لأن المراد بالعين ثم ما يقابل المنفعة وهنا ما يقابل الذمة

الركن الثالث الأجرة ولا يجب تسليمها في المجلس في إجارة العين كالثمن في البيع سواء أكانت معينة أم في الذمة وإن كانت في الذمة أعني الأجرة فلها حكم الثمن الذي في الذمة في جواز الاستبدال ووجوب معرفة الجنس ونفي الجهالة وفي الضبط بالوصف وفي التعجيل والتأجيل والتنجيم والتصريح بمعرفة الجنس ونفي الجهالة من زيادته وهما معلومان مما بعدهما وإن أطلق ذكر الأجرة عن التعجيل والتأجيل فمعجلة كالثمن المطلق ويملكها المكري ملكا مراعى لا مستقرا كما سيأتي بنفس العقد كما يملك المكتري المنفعة بذلك ولأنها عوض في معاوضة يتعجل بشرط التعجيل فيتعجل عند الإطلاق كالثمن واستحق استيفاءها إذا سلم العين المستأجرة إلى المستأجر كالثمن

فرع لو أجر الناظر الوقف سنين وأخذ الأجرة لم يجز له دفع جميعها للبطن الأول وإنما يعطى بقدر ما مضى من الزمان فإن دفع أكثر منه فمات الآخذ ضمن الناظر تلك الزيادة للبطن الثاني قاله القفال في فتاويه وقياسه أنه لو أجر الموقوف عليه لا يتصرف في جميع الأجرة لتوقع ظهور كونه لغيره بموته قاله الزركشي لكن قال ابن الرفعة للموقوف عليه أن يتصرف في الجميع لأنه ملكه في الحال قال وكان بعض القضاة الفضلاء يمنعه من ذلك قال السبكي وينبغي التفصيل بين طول المدة وقصرها فإن طالت بحيث يبعد احتمال بقاء الموجود من أهل الوقف منع من التصرف وإن قصرت فيظهر ما قاله ابن الرفعة انتهى أما صرفها في العمارة فلا منع منه بحال

ويجوز أن تكون الأجرة طعاما إن جاز السلم فيه ووصف بصفته فلا بد أن تكون معلومة كما علم أيضا من قوله والجهالة والضبط بالوصف فلو قال اعمل كذا لأرضيك أو أعطيك شيئا أو بملء كفي دراهم أو نحوه لم يصح العقد وكذا لو أجره بنفقته وكسوته وهذا لا ينافيه جواز الحج بالرزق لأنه ليس بإجارة كما اقتضاه قول الشرح الصغير والروضة يجوز الحج بالرزق كما يجوز بالإجارة بل هو نوع من التراضي والمعونة كما أشار إليه البيهقي واختاره السبكي وأما إيجار عمر أرض السواد بأجرة مجهولة فلما فيه من المصلحة العامة المؤبدة وإن شرط أن يعمر الدار ولو بأجرتها بأن أجرها بعمارتها أو بدراهم معلومة على أن يعمرها ولا يحسب ما ينفق من الأجرة أو على أن يصرف الدراهم في عمارتها لم يصح العقد للجهل بمقدار الأجرة ووجهه في الأخيرتين أن الأجرة الدراهم مع العمارة أو الصرف إليها وذلك عمل مجهول قال ابن الرفعة وقضيته أنه لو كان العمل معلوما صح وفيه نظر من جهة أن هذا كبيع الزرع على أن يحصده البائع لأنه بيع وشرط عمل فيه يقصد مثله في الأملاك فإن فعل المشروط رجع بأجرته وبما صرفه لأنه أنفقه بالإذن بشرط العوض وإن أطلق العقد عن ذكر شرط صرف الأجرة ثم أذن له المؤجر بصرفها في العمارة وتبرع المستأجر به أي بالصرف جاز قال ابن الرفعة ولم يخرجوه على اتحاد القابض والمقبض لوقوعه ضمنا

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٢٢٤

وإن اختلفا في قدر الإنفاق فمن يصدق منهما قولان أشبههما في الأنوار المنفق إن ادعى محتملا وبه

" (١).

" حيث إنه أقوى على الشدائد والأسفار وأحفظ لما يستحفظ وكبر الشجرة فنقصها من حيث إنها تقل ثمرتها وزيادتها من حيث إنه يكثر حطبها وكالحبل ولو لبهيمة فالزيادة من حيث توقع الولد والنقص للضعف حالا وللخطر مآلا خصوصا في الأمة ولأنه يفسد لحم المأكولة أو بسببين كأن اعور العبد وتعلم صنعة مقصودة فلكل من الزوجين الخيار وإن نقصت بها أي بالزيادة القيمة فإن تراضيا بالرد لنصف العين فلا زيادة عليه وإن لم يتراضيا به فالقيمة خالية عن الزيادة والنقص ولا تجبر هي على رد نصف العين للزيادة ولا هو على قبوله للنقص والحاصل أنه متى ثبت خيار له أو لها لم يملك الزوج المهر أو نصفه حتى يختار ذو الاختيار فرع الحرث زيادة في أرض الزرع لأنه يهيئها للزرع المعدة له وهو نقص في أرض البناء لأنه يشعثها فإن رضي الزوج بالناقصة أجبرت على تسليمها له لأنها دون حقه

والزرع نقص في الأرض لأنه يستوفي قوتها غالبا فإن اتفقا على رد نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد فذاك قال الإمام وعليه إبقاؤه بلا أجرة لأنها زرعت ملكها الخالص وإن رغب فيه الزوج وامتنعت أجبرت عليه أو رغبت هي فله الامتناع ويأخذ القيمة فلو قالت خذ نصف الأرض ونصف الزرع لم يجبر لأن الزرع ليس من عين الصداق بخلاف الثمرة وسيأتي بعض هذا في كلامه فإن طلقت بعد الحصاد والعمارة للأرض قائمة بأن كان بها أثرها وكانت تصلح لما لا تصح له قبل الزرع فزيادة محضة فليس له الرجوع إلا برضاها فصل الغراس نقص في الأرض كالزرع فلو طلقها والأرض مزروعة أو مغروسة فبادرت بالقلع فإن بقي في الأرض نقص لضعفها بهما وهو الغالب فهو على خيرته وإلا انحصر حقه في الأرض والثمرة بعد التأبير أو تناثر نور انعقد ثمره زيادة منفصلة وقبلهما متصلة وقد تقدم حكمها

ولو حذف قوله انعقد ثمره وقال أو تناثر نورها كان أخصر وأوضح فلو رضيت بترك المتصلة لا الثمرة المؤبرة للزوج أجبر على أخذ نصف النخل فليس له طلب القيمة بخلاف المؤبرة لانفصالها وليس له تكليفها قطع المؤبرة ليرجع في النصف أي نصف الشجر لأنها حدثت في خالص ملكها فتتمكن من تربيتها وإبقائها إلى الجداد ولا لها تكليفه الرجوع في نصف الشجر وإبقاء ثمرتها إلى الجداد بل له طلب القيمة لأن حقه في الشجر خاليا ولأن حقه ثبت معجلا فلا يؤجل فإن قالت له ارجع وأنا أقلع الثمر عن الشجر أو الشجر والزرع عن الأرض أو بادرت بقلع ذلك كما فهم بالأولى وصرح به أصله أجبر على القبول إن لم يحدث بقلع ذلك نقص في الشجر أو الأرض ولم يطل لقلعه مدة لزوال المانع ولأنه لا ضرر عليه وذكر مسألة قلع الشجر والزرع من زيادته ومتى بذلت له الزرع أو الثمرة المؤبرة ليرجع هو في الشجر في الثانية والأرض في الأولى لم يلزمه هـ القبول وهذا يغني عن قوله فيما مر لا المؤبرة

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٤٠٤

ولو رضي بترك زرعها إلى الحصاد أو الثمرة إلى الجداد مجانا ليرجع في نصف الأرض أو الشجر أجبرت لأن ذلك في يدهما كسائر الأملاك المشتركة ولأنه لا ضرر عليها فيه ثم بعد إجبارها هما في السقي كشريكين في الشجر انفرد أحدهما بالثمر وقد مر حكمه في بيع الأصول والثمار وليس لها تكليفه التأخير أي تأخير الرجوع إلى الحصاد لأنه يستحق العين أو القيمة في الحال فلا يؤخر إلا برضاه وأراد بالحصاد ما يشمل الجداد فإن أخر بأن قال أؤخر الرجوع إلى الحصاد فلها الامتناع وإن برأها عن الضمان بأن قال أرجع ويكون نصيبي وديعة عندك وقد أبرأتك من ضمانه لأن نصيبه يكون مضمونا عليها ولا عبرة بالإبراء المذكور لأن الإبراء من ضمان العين مع بقائها باطل كما مر والتأخير أي وتأخير الرجوع إلى الحصاد **بالتراضي** جائز لأن الحق لهما ولا يلزم فلو بدا لأحدهما الرجوع عما رضي به جاز لأن ذلك وعد فلا يلزم ومثل ذلك **التراضي** على الرجوع في نصف الشجر في الحال وبه صرح الأصل

فرع لو أصدقها نخلة مع ثمرتها مؤبرة ثم طلقها قبل الدخول ولم يزد الصداق رجع في نصف الجميع وإن جدت

". (١)

" مر

وإن قالت لمن لا يملك عليها إلا طلقة طلقني ثلاثا بألف فطلقها ثلاثا ولو مع قوله إحداهن بألف ونوى به الطلقة الأولى لزمها الألف لأن مقصودها من البينونة الكبرى حصل بذلك وكذا لو لم ينو شيئا لمطابقة الجواب السؤال وإن نوى به غيرها وقعت الأولى فقط مجانا فإن قالت له طلقني ثلاثا بألف واحدة منهن مكملة الثنتين يقعان على إذا تزوجتني بعد زوج أو يكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ فطلقها ثلاثا أو ثنتين أو واحدة وقعت واحدة الأولى قول الأصل الواحدة فقط ولغا كلامها في الأخريين لأن تعليق الطلاق بالنكاح وإثباته في الذمة باطلان ولها الخيار في العوض لتبعيض الصفقة فإن أجازت بثلث الألف تخير عملا بالتقسيط كما في البيع وإن فسخت فمهر المثل يفسخ وإن قالت طلقني نصف طلقة بألف أو طلق بعضي وفي نسخة نصفي أو يدي أو رجلي بألف ففعل وقعت طلقة تكميلا للبعض بمهر المثل لفساد صيغة المعاوضة ولهذا لو قالت بـعتك هذا نصف بيعة أو بعته لبعضك لم يصح البيع وكذا تقع طلقة بمهر المثل إن ابتدأ بذلك بأن قال أنت طالق نصف طلقة أو نصفك طالق بألف فقبلت أو قالت طلقني بألف فطلق يدها مثلا لفساد الصيغة في الأولى وعدم إمكان التقسيط في الثانية

وإن طلق فيها نصفها فنصف المسمى يجب لإمكان التقسيط كما لو قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة وهذه والتي قبلها من زيادته وهما في فتاوى البغوي الطرف الثالث في تعليقها بزمان فإن قالت طلقني غدا أو في هذا الشهر بألف أو خذ هذا على أن تطلقني غدا فأخذه أو إن طلقتني غدا أو متى شئت في هذا الشهر فلك ألف فطلقها فيه أي فيما عينته أو قبله بانت لأنه إن أطلق فيه فقد حصل مقصودها أو قبله فقد زادها كما لو سألت طلقة فطلقها ثلاثا بمهر المثل لا بالمسمى لفساد الصيغة أي بتصريح الزوجة بتأخير الطلاق وهو لا يقبل التأخير من جانبها لأن

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢١٣/٣

المغلب فيه المعاوضة وبهذا فارقت الرابعة ما يأتي فيما لو قالت إذا جاء الغد وطلقتني فلك ألف فطلقها في الغد حيث يلزم المسمى وسواء في ذلك العالم ببطلان ما جرى والجاهل به كنظيره في الخلع بخمر ونحوه خلافا للقاضي ومن تبعه في قولهم إن الطلاق يقع رجعيا في حالة الع لم ولا ترجيح في الأصل في هذا

وقضية كلام المصنف ترجيح الأول وأنه لا يشترط فيما ذكر طلاقه فورا بخلاف قولها متى طلقتني فلك ألف ولم تصرح هي بالزمن فإنه يشترط طلاقها فورا كما مر والفرق أنها صرحت هنا بجواز التأخير فضعفت القرينة وهي ذكر العوض عن مقاومة الصريح بخلافها ثم وإن طلقها بعده أو قصد الابتداء فرجعي لمخالفته قولها في الأولى وعملا بقصده في الثانية ويصدق فيها بيمينه إن اتهمته قال الأذرعي وهو مبني على ما مر عن الإمام ومن تبعه وتقدم ما فيه وقد ذكرته أول الباب واعلم أن لها الرجوع قبل أن تطلق في الصور السابقة وإن علقت كسائر العوضات إذ المغلب في جانبها المعاوضة بخلاف جانب الزوج فيما إذا علق وكلامه هنا أعم من كلام أصله وقول الروضة ولا شك أنه لا رجوع لها قبل القبول صوابه بعد القبول كما عبر به الرافعي وإن قالت طلقني شهرا بألف ففعل وقع طلاقه مؤبدا لأن الطلاق لا يؤقت بمهر المثل لفساد الصيغة بالتأق يت وإن علقه الزوج بصفة وذكر عوضا كقوله إذا جاء غد أو دخلت الدار فأنت طالق بألف فقبلت فورا وكذا لو كان ذلك بسؤالها

كقولها علق طلاقي بغد أو بدخول الدار بألف فعلق طلقت بالمسمى عند وجود الصفة المعلق عليها كسائر التعليقات وكما يجوز الاعتياض عن الطلاق المنجز يجوز عن المعلق ويستحق الزوج المسمى في الحال لأن الأعواض المطلقة يلزم تعليقها في الحال والمعوض تأخر بالتراضي لوقوعه في التعليق بخلاف المنجز من خلع وغيره يجب فيه تقارن العوضين في الملك وكذا يستحقه في الحال لو قالت له إذا جاء الغد وطلقتني فلك ألف فقال إذا جاء الغد فأنت طالق قوله في الحال من زيادته وقوله فقال إلى آخره من تصرفه ولا يناسبه استحقاق المسمى

---

(١) ".

" أخذ كل منه ومن أبيه واحدا من الولدين لينفق عليه بالتراضي أو اتفقا على الإنفاق بالشركة فذاك واضح وإن تنازعا أجيب طالب الاشتراك قال البلقيني بل يقرع بينهما ويجوز أن يقال يعين القاضي لكل واحد واحدا قطعا للنزاع

ولو عجز عن نفقة أحد والديه وله ابن موسر فعليه أي ابنه نفقة أبي أبيه لاختصاص الأم بالابن تفريعا على الأصح من تقديم الأم على الأب وهذا ما بحثه الأصل بعد نقله عن الروياني كلاما رده عليه ورد الإسنوي بحث الأصل بكلام رده عليه البلقيني وغيره

فصل لا تجب نفقة القريب ولو حرا على رقيق ولو مكاتبا لأنه ليس أهلا للمواساة بل نفقة الحر في بيت المال إلا أن يكون في أصوله أو فروعه من تلزمه نفقته ولا تجب لرقيق ولو مكاتبا على قريبه ولو حرا بل نفقة غير المكاتب على سيده ونفقة المكاتب من كسبه فإن عجز نفسه فعلى سيده نعم للمكاتب أن ينفق من كسبه على ولده من أمته

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢٥٩/٣

وإن لم يجز له وطؤها لأنه إن عتق فقد أنفق ماله على ولده وإن رق رق الولد فيكون قد أنفق مال السيد على عبده أو على ولده من زوجته التي هي أمة سيده لأنه ملك السيد فإن عتق فقد أنفق ماله على ملك سيده وإن رق فقد أنفق عليه مال سيده لا ولده من مكاتبة سيده لأنها قد تعتق فيتبعها الولد لتكاتبه عليها ويعجز المكاتب فيكون قد فوت مال سيده

فرع لو احتاج من نصفه حر ونصفه رقيق لزم قريبه نصف نفقته بقدر ما فيه من الحرية أو عكسه بأن احتاج قريب المبعض لزمه للقريب الكل أي كل النفقة لأنه كالحر كما في الكفارة كذا رجحه في الروضة قال الزركشي وهو غريب قال به المزني وهو خلاف مذهب الشافعي فقد نص في مواضع على أنه لا يلزمه نفقة الأقارب لأنه في حكم المعسر ونقله عن جمع

الباب الخامس في الحضانة بفتح الحاء من الحضن بكسرها وهو الجنب فإن الحاضنة ترد إليه المحضون وتنتهي في الصغير بالتمييز وأما بعده إلى البلوغ فتسمى كفالة كذا قاله الماوردي وقال غيره تسمى حضانة أيضا وهي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه وهي نوع ولاية وسلطنة

ولكن (((الباب))) النساء بها أليق لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال وفي الخبر أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كانت بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وإن أباه طلقني وزعم أنه ينزعه مني فقال أنت أحق به ما لم تنكحي رواه الحاكم والبيهقي وصحح إسناده

ومؤنة الحضانة في ماله ثم على الأب لأنها من أسباب الكفالة كالنفقة فتجب على من تلزمه نفقته

وفيه طرفان الأول في معرفة الحاضن والمحضون الطفل أو نحوه مع أبويه ما داما في النكاح يقومان بكفايته الأب بالإنفاق والأم بالحضانة إن كان على دينها فإن افترقا بفسخ أو طلاق وأرادته الأم فهي أولى لوفور شفقتها

وإنما تثبت الحضانة للأنثى من أم أو غيرها بشروط أحدها أن تكون مسلمة إن كان الطفل مسلما فلا حضانة لكافر على مسلم إذ لا ولاية لها عليه ولأنها ربما تفتنه في دينه وأما خبر أبي داود وغيره أنه صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه المسلم وأمه المشركة فمال إلى الأم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهده فعدل إلى أبيه فأجيب عنه بأنه منسوخ أو محمول على أنه صلى الله عليه وسلم عرف أنه يستجاب دعاؤه وأنه يختار الأب المسلم وقصده بتخييره استمالة قلب أمه وبأنه لا دلالة فيه إذ لو كان لأمه حق لأقرها عليه ولما دعا وإسلام الطفل يحصل بما ذكره بقوله كان أسلم أبوه أو جدته وإذا لم تحضنه الكافرة فيحضنه أقاربه المسلمون على الترتيب الآتي ثم إن لم يوجد أحد منهم حضنه المسلمون ومؤنته في ماله كما مر فإن لم يكن له مال

". (١)

" فصل مخارجة الرقيق المكلف على ما يحتمله كسبه وهي ضرب خراج معلوم عليه يؤديه كل يوم أو أسبوع مثلا مما يكسبه جائزة لخبر الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم أعطى أبا طيبة صاعين أو صاعا من تمر وأمر أهله أن

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤٤٧/٣

يخففوا عنه من خراجه بالمراضاة فليس لأحدهما إجبار الآخر عليها لأنها عقد معاوضة فاعتبر فيها التراضي كالكتابة أما إذا خارجه على ما لا يحتمله كسبه فلا يجوز وهي غير لازمة وكأنه فيما إذا وفى وزاد كسبه أباحه الزائد توسيعا في النفقة عليه ومؤنته تجب حيث شرطت من كسبه أو من مال سيده فإن كلفه ما لا يليق وفي نسخة يطيق بأن ضرب عليه خراجا أكثر مما يليق بحاله وألزمه أداءه منع منه ويجبر نقص يوم مثلا بزيادة يوم آخر عبارة الأصل ويجبر نقص بعض الأيام بالزيادة في بعضها فصل لا يكلف السيد عبده وأمته أي كلا منهما عملا على الدوام لا يطيقه على الدوام لخبر مسلم السابق فلا يجوز أن يكلفه عملا على الدوام يقدر عليه يوما ويومين ثم يعجز عنه فعلم أنه يجوز له أن يكلفه الأعمال الشاقة في بعض الأوقات وبه صرح الرافعي وبما تقرر علم أنه لا مخالفة بين كلامي الروضة وأصلها وإن زعمه جماعة ويتبع السيد في تكليفه رقيقه ما يطيقه العادة في إراحته في وقت القيلولة والاستمتاع وفي العمل طرفي النهار ويريحه من العمل إما الليل إن استعمله نهارا أو النهار إن استعمله ليلا وإن اعتادوا أي السادة الخدمة من الإرقاء نهارا مع طرفي الليل لطوله اتبعت عادتهم وعلى العبد بذل الجهد وترك الكسل في الخدمة

ويباع مال سيده في نفقته أي يبيعه عليه الحاكم إذا امتنع من الإنفاق عليه أو غاب أو يؤجره عليه بعد استدانته شيئا عليه صالحا لما في بيعه أو إيجاره شيئا فشيئا من المشقة فإن لم يمكن بيع بعضه ولا إيجاره باع جميعه أو آجره كما في نفقة القريب وذكر الإيجار من زيادته وما ذكر في البيع قال الأذرعي محله إذا لم يتيسر بيعه شيئا فشيئا بقدر الحاجة كالعقار فإن تيسر ذلك كما في الحبوب والمائعات تعين أي بلا استدانة وهذا مأخوذ من كلامهم فإن عدم ماله أمر ببيعه أي الرقيق أو إيجاره على الوجه السابق أو عتقه دفعا للضرر فإن امتنع من ذلك باعه الحاكم أو آجره عليه على الوجه السابق ويقدم إيجاره فيما ذكر على بيعه فإن تعذر تعين البيع ذكره صاحب التنبيه وغيره فإن كسد بأن لم يوجد من يشتريه أو يستأجره فنفقته على بيت المال فإن فقد فعلى المسلمين لأنه من محاويجهم قال ابن الرفعة وتدفع كفاية الرقيق لم الكه لأن الكفاية عليه وهو المعني بأنه من محاويج المسلمين لا للرقيق قال الأذرعي وظاهر كلامهم أنه ينفق عليه من بيت المال أو المسلمين مجانا وهو ظاهر إن كان السيد فقيرا أو محتاجا إلى خدمته الضرورية وإلا فينبغي أن يكون ذلك فرضا عليه

انتهى

وحكم العجز عن نفقة أم الولد تقدم قبيل باب نفقة الأقارب

قال الزركشي ونفقة المبعض أي المعجوز عن نفقته في بيت المال إن لم يكن مهايأة وإلا فهي على من هي في نوبته وفيما قاله في الشق الثاني نظر

فصل وعليه أي صاحب دابة كفاية دابته المحترمة أو تخليتها للمرعى وورود الماء إن اكتفت به فإن لم تكتف به لجدب الأرض ونحوه أضاف إليه من العلف ما يكفيها وذلك لحرمة الروح ولخبر الصحيحين دخلت امرأة النار في هرة حبستها لا هي أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الأرض بفتح الخاء وكسرها أي هوامها والمراد بكفاية الدابة وصولها لأول الشبع والري دون غايتهما وخرج بالمحترمة غيرها كالفواسق الخمس فإن امتنع من ذلك وله مال ألزمه الحاكم

الكفاية أو البيع للدابة أو الذبح لها إن كانت مأكولة أو الإكراء لها فإن امتنع من ذلك فعل الحاكم ما يراه منه وظاهر أن ما مر في الرقيق يأتي هنا وإن لم يكن له مال باع الدابة أو جزءا منها أو أكراها عليه فإن تعذر ذلك فعلى بيت المال كفايتها فإن تعذر فعلى المسلمين كنظيره في الرقيق ويأتي فيه ما مر

ثم ولو كانت دابته لا تملك ككلب لزمه أن يكفيها أو يدفعها لمن يحل له الانتفاع بها قال الأذرعي أو يرسلها

فرع لو كان عنده حيوان يؤكل وآخر لا يؤكل ولم يجد إلا نفقة أحدهما وتعذر بيعهما فهل تقدم نفقة ما لا يؤكل ويذبح

---

(١) ".

" أولياء القتلى صبيا أو مجنونا أو غائبا والتقدم **بالتراضي** بلا قرعة جائز فإن بدا لهم الإقراع أقرع بينهم ويقبل إقراره أي القاتل لأحدهم بالسبق لقتل بعضهم لأنه أقر على نفسه بحق وللباقين تحليفه إن كذبوه واستشكله في المطلب بأنه لو نكل فالنكول مع يمين الخصم إن قلنا كالإقرار لم يسمع كما لو أقر صريحا بما يخالف ما أقر به أولا وإن قلنا كالبينة فكذلك لأنا لا نعديها لثالث على الصحيح ولو قتلهم كلهم أساءوا ووقع القتل موزعا عليهم ورجع كل منهم بالباقي له من الدية والتصريح بالإساءة من زيادته

وإن قتل جماعة جماعة قتلوا بالأول من القتلى إن قتلوهم مرتبا وإلا أقرع بينهم فمن خرجت قرعته قتلوا به وللباقين الديات في تركات القاتلين كالواحد أي كما لو كان القاتل واحدا والعبد فيما ذكر كالحر المعسر فإن قتل بالأول من القتلى فديات الباقين في ذمته يلقى الله بها وإن عفا ولي الأول بمال تعلق برقبته وللثاني قتله وإن بطل حق الأول لأن تعلق المال لا يمنع القصاص كجناية المرهون فإن عفا الثاني أيضا بمال شاركه فيتعلق المالان برقبته ولا يرجح بالتقديم كما لو أتلف أموالا لجماعة في أزمنة وهكذا إن عفا الثالث ومن بعده كان الحكم كذلك والتصريح بهذا من زيادته

ومن لزمه قتل وقطع قطع ثم قتل سواء أتقدم قتله أم قطعه ليجمع بين الحقين ومن قطع يمينا من شخص ثم أصبعها من آخر قطع منه يمينه وودى الأصبع أي أعطى ديته أو عكسه بأن قطع أصبع اليمين من شخص ثم اليمين من آخر قطعت أصبعه للأول ويجوز للآخر القطع لباقي اليمين مع أخذ الأرش للأصبع أو الدية لليمين وإن قطعهما معا أو أشكل الحال أقرع فمن خرجت له القرعة فكأنه السابق بالقطع

فصل من اقتص في نفس أو طرف بغير إذن الإمام عزر لافتياته عليه وتعديه إذ أمر الدماء خطر يحتاج إلى نظر واجتهاد فلا يستوفيها إلا بإذنه إلا السيد فيقيمه على رقيقه والمستحق المضطر فيقيمه على الجاني ليأكله والقاتل في الحرابة ذكره الماوردي والمنفرد بحيث لا يرى فقال ابن عبد السلام لا ينبغي أن يمنع منه لا سيما إذا عجز عن إثباته ويوافقه قول الماوردي أن من وجب له على شخص حد قذف أو تعزير وكان ببادية بعيدة عن السلطان له استيفاؤه إذا قدر عليه بنفسه وأجزأه في وقوعه قصاصا لأنه استوفى حقه ويؤمر العاجز عن الاستيفاء كشيخ وزمن وامرأة بالتوكيل في

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣/٤٥٥

القتل لما في استيفائه له من التعذيب وكذا يؤمر القوي على الاستيفاء كالعاجز بالتوكيل في قطع الطرف فلا يستوفي بنفسه لأنه لا يؤمن أن يزيد في الإيلام بترديد الآلة فيسري بخلافه في النفس لأنها مضبوطة ولو حد المقذوف أو عزر من لزمه له الحد أو التعزير لنفسه بإذنه أو بغير إذنه أساء لتعديه والتصريح بالإساءة من زيادته

ولم يجزه لعدم تعلقه بمحل معين فلا ينضبط ولإمكان تداركه بخلاف القتل والقطع فيترك حتى يبرأ ثم يحد وقيل بجزئه كالقصاص والترجيح من زيادته فلو مات معه فالقود أو بدله واجب على المستوفي لا إن أذن له في ذلك وعلى الإمام أن يتفقد الآلة لئلا تكون كالة

". (١)

" قطع المرفق فمات سراية قطع مرفقه وقتل بعده ليرد الحديدة على موردها في الجناية ولا عبرة بزيادة الكف الهالكة بهلاك النفس فإن قطعه أي مرفقه وعفا عنه ولي المقطوع بمال فنصف دية تجب للعافي إلا أرش ساعد لأنه استوفى كفا وساعدا وصور الأصل المسألة بغير ما ذكر وحكم عليها بما يليق بالتصوير والكل صحيح

وإن مات مقطوع يد سراية وقد اقتص هو من الجاني فلوليه حز الجاني أو نصف دية إن عفا عن النفس بالبدل واليد المستوفاة مقابلة بالنصف فإن عفا والمقطوع منه يدان فلا شيء له لأنه استوفى ما يقابل الدية بقصاص اليدين ومحل ذلك عند التساوي دية كما يأتي في باب العفو عن القصاص

فلو قطع ذمي يد مسلم أو يديه فاقتص منه ومات المسلم سراية وعفا وليه عن النفس بالبدل فله في الأولى خمسة أسداس دية مسلم وفي الثانية ثلثاها ولو ماتا بعد الاقتصاص سراية معا أو سبق المقتص الجاني فقد استوفى حقه من الجاني بالقطع والسراية ولو سبقه الجاني والمقطوعة يد النصف الدية يجب له في تركة الجاني لأن القصاص لا يسبق الجناية لأنه يكون في معنى السلم في القصاص وهو ممتنع

قال في الأصل ولو كان ذلك في الموضحة وجب تسعة أعشار الدية ونصف عشرها وقد أخذ بقصاص الموضحة نصف العشر

فرع لو قتل شخص قاطع يده ومات بالسراية حصل التقاص هذا بخلاف ما ذكروه في الكتابة من أن التقاص إنما يجري في النقود وتقدم نظيره أوائل الباب مع أن التعبير بذلك من تصرفه وليته بعد أن عبر به عبر بالتقاص بالإدغام ولو عبر بالقصاص فسلم من ذلك ووافق قول الأصل صار قصاصا وإن اندمل القطع قتل قصاصا وله دية يده في تركة الجاني

فرع لو قطع يد رجل وقتل آخر ثم مات المقطوع بالسراية قطع الجاني بالمقطوع ثم قتل بالآخر وبقي للمقطوع نصف الدية في تركة الجاني وإنما قتل بالآخر دون المقطوع مع أنه مات أيضا بالسراية لأن القصاص للمقطوع وجب بالسراية وهي متأخرة عن وجوبه للمقتول فإن مات الجاني بسراية القطع فقد استوفى قاطعه حقه وللمقتول في تركته الدية

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٧/٤

فصل التراضي من القاطع والمقطوع بقطع عضو عن آخر كقطع اليسار عن اليمين فاسد فيأثمان بذلك عند العلم بفساده لكن لا قصاص في اليسار لشبهة البدل ويضمن القاطع لها ديتها ويسقط قصاص اليمين إلى الدية بذلك لأن الرضا به عفو عن قطعها بخلاف الصلح الفاسد عن المال المدعى به لا يسقط به الحق لأن ما جعله عوضا هنا وهو قطع اليسار قد حصل وإن لم يقع بدلا في الحكم بخلاف عوض الصلح ويعزر كل من قاطع اليسار ومخرجها عند علمه بالتحريم وإن طلب المقتص يمينه فأخرج له يساره عالما أو غير عالم فيما يظهر أنها لا تجزئ عن اليمين بنية الإباحة لها أهدرت وأهدر إن مات سراية لأنه بذلها مجانا وإن لم يتلفظ بالإباحة لأنه وجد منه فعل الإخراج مقرونا بالنية فكان كالنطق وهذا كمن قال أعطني مالك لألقيه في البحر أو طعامك لآكله فناوله له وألقاه في البحر أو أكله لا ضمان عليه وليس عدم الدفع ولو من القادر إباحة فل و قطع يد غيره ظلما فلم يدفعه وسكت حتى قطعها وجب القصاص لأنه لم يوجد منه لفظ ولا فعل فصار كسكوته عن إتلاف ماله ولا يسقط بقطع اليسار مع نية الإباحة قصاص اليمين إلا إن مات المبيح أو قال القاطع لليسار ظننتها تجزئ عن اليمين أو علمت أنها لا تجزئ عنها لكن جعلتها عوضا عنها كما صرح به أصله فتجب ديتها فيهما لا دية اليسار لأنها وقعت هدرا وإنما سقط قصاص اليمنى في الأولى لتعذره بالموت وفي الثانية لرضا المقتص بسقوطه اكتفاء باليسار وعلى المبيح الكفارة إن مات سراية كقاتل نفسه وإنما لم تجب على المباشر لأن السراية حصلت بقطع يستحق مثله وبهذا فارق ما سيأتي في الطرف الثاني من الباب الآتي

".(١)

" إذ لا وجوب بالاحتمال قلت بل الأشبه بالمذهب الضمان لأن الإنسان يولد على الفطرة وعليه ينبغي أن يجب أخس الديات وإن تمسك بمبدل ولم يبلغه ما يخالفه فدية مجوسي ولا يحل قتله أي قتل من لم تبلغه دعوة نبينا قبل الدعاء إلى الإسلام وهذا شامل لقوله قبل وقتل من لم تبلغه الدعوة وفيه أي في قتله الكفارة ويقتص بمسلم لم يهاجر من دار الحرب بعد إسلامه وإن تمكن لأن العصمة بالإسلام

فصل لا يجبر مستحق الدية على أخذ معيب من الإبل يرد في بيع ولا أخذ مريض كالمسلم فيه وإن كانت إبل من لزمته كلها معيبة بخلاف الزكاة لتعلقها بعين المال والكفارة لأن مقصودها تخليص الرقبة من الرق لتستقل فاعتبر فيها السلامة مما يؤثر في العمل والاستقلال وذكر المريض بعد المعيب من باب ذكر الخاص بعد العام لأن المرض عيب ويجوز أخذ ذلك بالتراضي لأن له إسقاط الأصل فكذا الوصف

وإذا حملت جذعة فما دونها عدت خلفة وإن كان الغالب أن الناقة لا تحمل حتى تكون ثنية لصدق الاسم عليها ويعرف الحمل بقول عدلين خبيرين إلحاقا له بالتقويم فإن ماتت مقبوضة للمستحق بقول العدلين أو بتصديقه وشق بطنها فبانت حاملا غرمها وأخذ بدلها حاملا كما لو خرج المسلم فيه على غير الصفة المشروطة فإن تنازعا في الحمل قبل الشق شق جوفها ليعرف فيرتب عليه ذلك فإن ادعى الدافع الإسقاط للحمل بأن صادفنا الناقة المأخوذة حائلا فقال

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/٤١

المستحق لم يكن بها حمل وقال الدافع أسقطت عندك وأمكن الإسقاط صدق الدافع إن أخذها المستحق بقول خبيرين لتأيد قوله بقول أهل الخبرة فإن لم يمكن ذلك أو أمكن وأخذها المستحق بقول الدافع مع تصديقه له صدق المستحق بلا يمين في الأولى وبيمين في الثانية لأن الظاهر معه

فرع تجب الدية من غالب إبل الدافع من جان وعاقلة فيدفع منها إن شاء وإن خالفت إبل البلد في نوعها وإن شاء دفعها من غالب إبل البلد لذي الحاضرة أو القبيلة الذي البادية وإن تفرقوا أي من لزمتهم الدية فتؤخذ حصة كل واحد من غالب إبل بلده أو قبيلته ثم إن اختلفت أنواع إبله أخذ من الأكثر فإن استويا فمما شاء الدافع وقيل يؤخذ من كل بقسطه إلا أن يتبرع بالأشرف فيجبر المستحق على أخذه والتصحيح من زيادته وبه صرح المتولي وصحح صاحب الانتصار الثاني وهو مقتضى كلام الرافعي حيث بنى ذلك على نظيره في الزكاة والأول هو الموافق لنظيره في اختلاف أنواع إبل البلد

أو اختلفت أنواع إبل البلد أو القبيلة ولا غالب فيها فمما شاء الدافع أخذ فإن عدمت هي أو بعضها في بلده أو قبيلته أو وجدت فيها لا بصفة الإجزاء أو بصفته لكن بأكثر من ثمن المثل نقل الواجب منها من أقرب البلاد أو القبائل فالأقرب إلى محل الدافع كما في زكاة الفطر ما لم تبلغ المؤنة أي مؤنة نقلها مع قيمتها أكثر من ثمن المثل ببلد أو قبيلة العزة أي العدم وهذا نقله الأصل عن الإمام بعد نقله عن إشارة بعضهم الضبط بدون مسافة القصر فالترجيح من زيادة المصنف لكن قال الزركشي الراجح الضبط بدون مسافة القصر كما في نظيره من السلم وقد اعترض الإمام ثم أيضا على مسافة القصر كما نقله الرافعي عنه ثم إن عدمت من أقرب ما ذكر على الوجه المذكور وجبت القيمة من غالب نقد بلد الإعواز يوم وجوب التسليم فيه لو كانت موجودة فيه لأنها بدل متلف هذا إن لم يمهل أي الدافع فإن أمهل بأن قال له المستحق أنا أصبر حتى توجد الإبل لزمه امتثاله لأنها الأصل

فإن أخذت القيمة فوجدت الإبل لم ترد لتسترد الإبل لانفصال الأمر بالأخذ ومع وجودها أي الإبل لا يؤخذ غيرها من نوع أو قيمة إلا بالتراضي فيؤخذ كما لو أتلف

"(١).

" مثليا وتراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل وتقدم في الصلح أنه لا يجوز الصلح عنها بالتراضي لجهالتها وحمل ابن الرفعة ما هناك على ما إذا كانت مجهولة الصفة وما هنا على ما إذا كانت معلومتها

الباب الثاني في دية ما دون النفس وهي أي الجناية على ما دون النفس ثلاثة أقسام جرح وإبانة طرف وإزالة منفعة الأول الجروح وفي الموضحة للرأس ولو للعظم الناتئ خلف الأذن والوجه ولو تحت اللحيين نصف عشر دية صاحبها فللكامل وهو الحر المسلم الذكر غير الجنين خمس من الإبل لما رواه الترمذي وحسنه في الموضحة خمس من الإبل وفي الهاشمة إن لم توضح ولم تحوج إليه ولم تسر مثلها أي خمس من الإبل أخذا مما مر مع ما يأتي فإن

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/٤٩

أوضحت أو أحوجت إليه أي إلى الإيضاح بشق لإخراج العظم أو تقويمه أو سرت إليه فعشر من الإبل لما روي عن زيد بن ثابت أنه صلى الله عليه وسلم أوجب في الهاشمة عشرا من الإبل ورواه الدارقطني والبيهقي موقوفا على زيد والتصريح بقوله أو سرت من زيادته وفي المنقلة الهاشمة إن لم توضح ولم تحوج إليه بشق ولم تسر عشر من الإبل أخذا مما مر مع ما يأتي فإن أوضحت أو أحوجت إليه بشق أو سرت إليه أخذا مما مر فخمسة عشر لما رواه أبو داود وغيره في خبر عمرو بن حزم وفي المنقلة خمسة عشر من الإبل وفي المأمومة ثلث الدية لخبر عمرو بذلك أيضا وكذا الدامغة يجب فيها ثلث الدية قياسا على المأمومة قال في الأصل بعد أن صحح هذا وقال الماوردي فيها ثلث الدية وحكومة انتهى

وما قاله الماوردي قياس ما يأتي في خرق الأمعاء في الجائفة

فرع لو أوضح واحد وهشم في محل الإيضاح آخر ونقل فيه ثالث وأم فيه رابع فعلى كل من الثلاثة خمس من الإبل وعلى الآم تكملة الثلث أي ثلث الدية وذلك ثمانية عشر بعيرا وثلث بعير ويجب فيما قبل الموضحة من الشجاج كالدامية والباضعة والمتلاحمة الأكثر من الحكومة والقسط من الموضحة إن علم القسط بأن عرفت نسبة الجراحة من الموضحة في عمق اللحم من نصف أو ثلث أو غيرهما وذلك لوجود سبب كل منهما فإن استويا وجب أحدهما واعتبار الأول أولى لأنه الأصل فإن شككنا في قدرها من الموضحة أوجبنا اليقين فإن جهل القسط فحكومة أي فالواجب حكومة لا تبلغ أرش موضحة

ولا تقدير لأرش شجاج البدن وهو ما عدا الرأس والوجه لأن أدلة ما مر في الإيضاح والهشم والتنقيل لم تشمله لاختصاص أسماء الثلاثة بجراحة الرأس والوجه وليس غيرهما في معناهما لزيادة الخطر والقبح فيهما ولأنه لو وجب مقدر في شيء من ذلك في البدن لأدى إلى أن يؤخذ في الجناية على العضو أكثر مما يؤخذ في العضو نفسه كالأنملة مثلا ولا تقدير لموضحته أي البدن كالقفا هذا من زيادته وهو محض تكرار مع إيهام أن الهاشمة والمنقلة تخالفان الموضحة في ذلك فلو اقتصر على قوله

". (١)

" بها جاز كما لو استخلف لكن قبول الموصى له إنما يكون بعد موت الموصي وقيل لا يجوز لأنه بالموت يخرج عن الولاية والترجيح من زيادته ويتعين من اختاره للخلافة بالاستخلاف أو الوصية مع القبول فليس لغيره أن يعين غيره

فلو جعل الأمر شورى بين ثلاثة مترتبين فمات الأول منهم في حياته فالخلافة للثاني أو الأول والثاني فللثالث فإن استعفى الخليفة أو الموصى له بعد القبول لم ينعزل حتى يعفى ويوجد غيره فإن عفي بعد وجود غيره انعزل عبارة الروضة فإن وجد غيره جاز استعفاؤه وإعفاؤه وخرج من العهد باجتماعهما وإلا امتنعا وبقي العهد لازما وشمول كلام المصنف حكم الموصى له من زيادته

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٥٠/٤

ويصح استخلاف غائب علمت حياته بخلاف ما إذا جهلت ويستقدم أي يطلب قدومه بأن يطلبه أهل العقد والحل بعد الموت أي بعد موت الإمام فإن بعد قدومه بأن بعدت غيبته وتضرروا أي المسلمون بتأخر النظر في أمورهم عقدت أي الخلافة أي عقدها أهل العقد والحل لنائب عنه بأن يبايعوه بالنيابة دون الخلافة وينعزل بقدومه وله أي للإمام تبديل ولي عهد غيره فلو جعل الأمر شورى بين ثلاثة مترتبين ومات وهم أحياء فانتصب الأول للخلافة فله تبديل الأخيرين بغيرهما لأنها لما انتهت إليه صار أملك بها لا تبديل ولي عهده إذ ليس له عزله بلا سبب لأنه ليس نائبا له بل للمسلمين

وليس لولي العهد نقلها أي الخلافة منه إلى غيره لأنه إنما تثبت له الولاية بعد موت المولي ولا عزل نفسه استقلالا وإنما ينعزل **بالتراضي** منه ومن الإمام بقيد زاده بقوله إن لم يتعين فإن تعين بتقدير عدم الإمام لم ينعزل وإن خلع الإمام بأن خلعه غيره وليس بجائز بغير سبب لم ينخلع إذ لو انخلع لم يؤمن تكرر التولية والانخلاع وفي ذلك سقوط الهيبة وكذا لو خلع نفسه لم ينخلع إلا لعجز منه عن القيام بأمور المسلمين لهرم أو مرض أو نحوه فينخلع فقوله ونحوه لا حاجة إليه وله أن يولي غيره ما دام الأمر له أي قبل خلعه نفسه فإن ولاه حينئذ انعقدت ولايته وإلا فيبايع الناس غيره

فصل لو صلح لها اثنان استحب لأهل العقد والحل تقديم أسنهما أي في الإسلام فيما يظهر كما في إمامة الصلاة ثم إن كثرت الحروب بظهور البغاة وأهل الفساد فالأشجع أحق لأن الحاجة دعت إلى زيادة الشجاعة أو كثرت البدع فالأعلم أحق لأن الحاجة دعت إلى زيادة العلم لسكون الفتن وظهور البدع ثم إن تساويا فيما ذكر اعتبرت القرعة لعدم الترجيح وقيل يقدم أهل العقد والحل من شاءوا بلا قرعة والترجيح من زيادته ولو تنازعاها لم يقدح فيهما تنازعهما لأن طلبها ليس مكروها وقضية كلامه أنه يقرع وإن لم يتنازعاها وقضية كلام الروضة أنه إنما يقرع عند تنازعهما والأول أوجه لأن الحق فيها للمسلمين لا لهما كما سيأتي

الطريق الثالث أن يغلب عليها ذو شوكة ولو كان غير أهل لها كأن كان فاسقا أو جاهلا فتنعقد للمصلحة وإن كان عاصيا بفعله وكذا تنعقد لمن قهره عليها فينعزل هو بخلاف ما لو قهر عليها من انعقدت إمامته ببيعة أو عهد فلا تنعقد له ولا ينعزل المقهور ولا يصير أحد إماما بمجرد حصول الأهلية أي أهليته للإمامة بل لا بد من إحدى الطرق السابقة

فصل تجب طاعة الإمام وإن كان جائرا فيما يجوز فقط من أمره ونهيه لخبر اسمعوا وأطيعوا وإن أمر عليكم عبد حبشي مجدع الأطراف وخبر من نزع يده من طاعة إمامه فإنه يأتي يوم القيامة ولا حجة له وخبر من ولي عليه وال فرآه يأتي شيئا من معصية الله فليكره ما يأتي من معصية الله ولا ينزعن يده من طاعته رواها مسلم ولأن المقصود من نصبه اتحاد الكلمة ودفع الفتن ولا يحصل ذلك إلا بوجوب الطاعة وتجب نصيحته فيما يقدر أي بحسب قدرته

ولا يجوز عقدها لإمامين فأكثر ولو بأقاليم ولو تباعدت الأقاليم لما في ذلك من اختلاف الرأي وتفرق الشمل فإن عقدتا أي الإمامتان لاثنين معا بطلتا أو مرتبا انعقدت للسابق كما في النكاح على امرأة ويعزر الآخرون أي الثاني ومبايعوه إن علموا بيعة

". (١)

" مستثناة كما في الإجارة ولو أطلقا ولم يبينا وظيفة كل يوم جاز الأولى قول أصله فكذلك الحكم أي يدعان الرمي في هذه الأوقات ويجوز لهما الترك للرمي بالتراضي وبعذر مطر وريح عاصفة ومرض ونحوها لا حر وريح خفيفين وصف الريح بالخفة من زيادته وإن غربت الشمس وبقي عليهما شيء من وظيفة اليوم لم يرميا ليلا للعادة وإن شرطا رميه أي الباقي عليهما ليلا لزم والقمر قد يكفي ضوءه وإلا بأن لم يكن قمر فشمعة مثلا يكفي ضوءها إن وجداها أو يرميان من الغد إن لم يجداها وذكر لزوم الرمي ليلا والرمي من الغد من زيادته ويشترط رميهما مرتبا بخلاف المتسابقين يجريان الفرسين معا لأنهما إذا رمياه معا اشتبه المصيب بالمخطئ ويشترط تبيين البادئ منهما بالرمي فإذا لم يبيناه فسد العقد لأن الأغراض تختلف بالبداءة والرماة يتنافسون فيها تنافسا ظاهرا من جهة أن المبتدئ بالرمي يجد الغرض نقيا لا خلل فيه وهو على ابتد ا ء النشاط فتكون إصابته أقرب وإذا كان كذلك تأثر العقد بإهماله ولو بدأ أحدهما في نوبة له تأخر عن الآخر في الأخرى ولو شرط تقديمه أبدا لم يجز لأن المناضلة مبنية على التساوي ويستحب نصب غرضين متقابلين يرمون من عند أحدهما إلى الآخر ثم بالعكس بأن يأتوا إلى الآخر ويلتقطون السهام ويرمون إلى الأول لأنهم بذلك لا يحتاجون إلى الذهاب والإياب ولا تطول المدة أيضا الشرط الخامس تعيين الرماة فيجب تعيينهم في العقد لأن المقصود معرفة حذقهم ولا يعرف إلا بتعيينهم ويشترط لكل حزب زعيم أي كبير يعين أصحابه ويتوكل عنهم في العقد بعد تعيينهم فلا يجوز زعيم واحد للحزبين كما لا يجوز أن يتوكل واحد في طرفي البيع ولا يجوز أن يعقدا قبل التعيين وطريق التعيين الاختيار كما قال ويختار هذا واحدا ثم هذا واحدا وهكذا إلى آخرهم ولا يجوز أن يختار أحدهما أصحابه أولا لأنه لا يؤمن أن يستوعب الحذاق ولا أن يعينه م بالقرعة لأنها قد تجمع الحذاق في جانب فيفوت مقصودها المناضلة ولهذا لو قال أحدهما أنا أختار الحذاق وأعطي السبق أو الخرق وآخذ السبق لم يجز ولأن القرعة لا مدخل لها في العقود ولهذا لا تجوز المناضلة على تعيين من خرجت القرعة عليهم نعم إن رضيا بما أخرجته القرعة وعقدا عليه فينبغي الجواز كما بحثه الرافعي قال في الأصل ونص في الأم على أنهما لو تناضلا على أن يختار كل واحد ثلاثة ولم يسمهم لم يجز وأنه يشترط أن يعرف كل واحد من يرمي معه بأن يكون حاضرا أو غائبا يعرفه قال القاضي أبو الطيب وظاهره أنه يكفي معرفة لزعيمين ولا يعتبر أن يعرف الأصحاب بعضهم بعضا وابتداء أحد الحزبين بالرمي كابتداء أحد الرجلين به فلا يتقدم واحد من هؤلاء على واحد من هؤلاء بغير رضا الزعيمين وهذا التفريع من زيادته والذي في الأصل بدله ولا يجوز أن يشرطا أن يتقدم من هذا الحزب فلان ويقابله من الحزب الآخر فل ا ن ثم فلان لأن تدبير كل حزب إلى زعيمهم وليس للآخر مشاركته فيه فرع لو أدخل أحدهما أي الزعيمين غريبا ظنه جيد الرمي فبان خلافه بأن بان غير حاذق لم يضر في صحة العقد أو غير رام أصلا بطل العقد فيه كما لو استؤجر للكتابة فبان غير كاتب وبطل في مقابله من الحزب الآخر كما أنه إذا بطل البيع في بعض المبيع يسقط قسطه من الثمن لا في الجميع عملا بتفريق الصفقة كما في سائر العقود ولكل من الحزبين الفسخ لتبعيض الصفقة عليهما بغير اختيارهما فإن أجازوا العقد وتنازعوا في تعيين من يجعل في مقابله

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/١١٠

من الحزب الآخر فسخ العقد لتعذر إمضائه أو بان فوق ما ظنوا فلا فسخ للآخرين أي للحزب الآخر ولو تناضل غريبان لا يعرف كل منهما الآخر جاز فلو بانا غير متكافئين بطل العقد لتبين فوات الشرط والتصريح بالترجيح من زيادته ولو تساوى عدد الأرشاق يعني تساوى فيها وفي عدد الإصابة الحزبان واختلف عدد الحزبين لم يج ز لأن القصد معرفة حذقهم ولا يحصل إلا مع التساوي إذ بدونه يجوز أن يكون فضل الناضلين لكثرة العدد لا للحذق فتساوي الحزبين شرط وقيل ليس بشرط فيجوز أن يكون أحدهما ثلاثة والآخر أربعة والتصريح بالترجيح من زيادته

". (١)

" الشيء إذا أمكن لتوقع قدوم الغائب وحاجته إلى الانتفاع به قال القفال وإذا باع شيئا للمصلحة أو أجره بأجرة مثله ثم قدم الغائب فليس له الفسخ كالصبي إذا بلغ ولأن ما فعله القاضي كان بنيابة شرعية ومال من لا ترجى معرفته له أي للقاضي بيعه وصرفه أي صرف ثمنه في المصالح وله حفظه قال الأذرعي والأحوط في هذه الأعصار صرفه في المصالح لا حفظه لأنه يعرضه للنهب ومد أيدي الظلمة إليه فصل في مسائل منثورة ينفذ كتاب قاضي البغاة أي يقبل ككتاب قاضي أهل العدل وللقاضي أن يشهد في محل ولايته على كتاب حكم كتبه في غير محل ولايته لا عكسه أي ليس له أن يشهد في غير محل ولايته على كتاب حكم كتبه في محل ولايته والحكم كالإشهاد بخلاف الكتابة لا بأس بها ومثلها الإذن إذا لم يتضمن حكما كأن أذن وهو في غير محل ولايته في الإفراج عن خصم محبوس في محلها بسؤال خصمه وقول المحكوم عليه الموكل في الخصومة كنت عزل ت وكيلي قبل قيام البينة لا يبطل الحكم لأن القضاء على الغائب جائز بخلاف المحكوم له إذا قال ذلك يبطل الحكم لأن القضاء للغائب باطل وليس لمن تحمل إشهاده بكتاب حكم أرسله به القاضي الكاتب إلى قاضي بلد الغائب وخرج به أن يتخلف في الطريق عن القاضي المقصود إلا أن أشهد على شهادته بأن أشهد على نفسه شاهدين يحضران بالكتاب ويشهدان به عند القاضي المقصود أو شهد به عند قاض فيمضيه ويكتب به له أي للقاضي المقصود فإن لم يجد قاضيا ولا شهودا وطلب أجرة لخروجه إلى القاضي المقصود لم يعط غير النفقة وكراء الدابة بخلاف سؤاله ذلك أي الأجرة قبل الخروج من بلد القاضي الكاتب فيعطاها وإن زادت على ما ذكر فإنه لا يكلف الخروج والقناعة بذلك لأن القاضي يتمكن من إشهاد غيره وهنا لتحمل مضطر إليه وإن استوفى المكتوب إليه الحق من الخصم وسأله الخصم الإشهاد على المدعي بذلك أجابه وجوبا ولا يلزمه أن يكتب له كتابا بقبضه لأن الحاكم إنما يطالب بإلزام ما حكم به وثبت عنده ولا أن يعطيه ما كتب به إليه يعني الكتاب الذي ثبت به الحق كما لا يلزم من استوفى من غريمه ما له عليه بحجة أو من باع غيره شيئا له به حجة أن يعطيه الحجة لأنها غالبا تكون ملكه ولأنه قد يظهر استحقاق فيحتاج إليها كتاب القسمة هي تمييز الحصص بعضها من بعض والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى وإذا حضر القسمة الآية وخبر الشفعة فيما لم يقسم وكان صلى الله عليه وسلم يقسم الغنائم بين أربابها رواهما الشيخان والحاجة داعية إليها فقد يتبرم الشريك من المشاركة أو يقصد الاستبداد بالتصرف وتصح القسمة

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢٣٥/٤

من الشركاء بأنفسهم ومنصوبهم **بالتراضي** لأن الحق لهم ومن نصبوه لها وكيل لهم فلا يشترط فيه الشروط الآتية في منصوب الإمام وتصح من الإمام ومنصوبه كما يعلم مما يأتي ولو وكل بعضهم واحدا منهم أن يقسم عنه قال في الاستقصاء إن وكله على أن يفرز لكل منهم نصيبه لم يجز لأن على الوكيل أن يحتاط لموكله وفي هذا لا يمكنه لأنه يحتاط لنفسه وإن وكله على أن يكون نصيب الوكيل والموكل جزءا واحدا جاز لأنه يحتاط لنفسه ولموكله وعلى الإمام إن كان في بيت المال سعة ولم يجد متبرعا نصب قاسم فأكثر في كل بلد بحسب الحاجة ويرزقون حينئذ من بيت المال من سهم المصالح لأن ذلك من المصالح العامة إن كان فيه سعة هذا من زيادته ولا حاجة إليه لعلمه مما قبله بل المسألة كلها تقدمت في كتاب القضاء وإلا بأن لم يكن فيه سعة أو وجد متبرعا فلا ينصب قاسما إلا لمن سأل نصبه وهذا الاستثناء من زيادته وأجرته حينئذ إذا لم ينصبه الإمام أو نصبه بسؤالهم عليهم سواء طلبوا كلهم القسمة أم بعضهم لأن العمل لهم ولا يعين قاسما إذا لم يسأله أحد

---

(١) ".

" للمحكوم عليه بدل ما حكم به وأما قسمة **التراضي** بأن نصب الشريكان قاسما قسم بينهما أو اقتسما بأنفسهما فإن تراضيا بعد القسمة وهي قسمة إفراز وادعى أحدهما غلطا أو حيفا نقضت إن ثبت الغلط أو الحيف إذ لا إفراز مع التفاوت وحلف الخصم إن لم يثبت ذلك كما صرح به الأصل أو وهي قسمة بيع فلا تنقض ولا أثر للغلط أو الحيف وإن تحقق كما لا أثر للغبن بعد البيع والشراء لرضا صاحب الحق بتركه ثم لا يخفى أن كلام المصنف كأصله إنما هو في قسمة المتشابهات فلو قال كأصله بدل وهي قسمة إفراز وبيع وقلنا إنها قسمة إفراز أو بيع كان أولى مع أنه ماش على أنها بيع على ما يأتي تحريره فكان الأولى أن يقول فإن تراضيا بعد القسمة لم تنقض وإن ثبت الغلط وكأنه أراد بقوله أو بيع فلا بيان حكم ذلك في النوعين الآتيين وعليه فكان ينبغي تأخير هذا الفصل عن الأنواع الثلاثة فصل لو ظهر أي حدث برد بعيب أو بترد في بئر حفرت عدوانا أو نحوه بعد القسمة للتركة بين الورثة دين وهي إفراز بيعت الأنصباء في الدين إن لم يوفوا الدين فالقسمة باطلة وإن وفوه فصحيحة كما جزم به البغوي وغيره ونقله الإمام عن العراقيين أو وهي بيع بطلت وبيعت الأنصباء إن لم يوفوا الدين وإلا صحت لأنها كانت جائزة لهم ظاهرا ويأتي في عبارته ما قدمته قبيل الفصل فعلى كون كلامه في المتشابهات لو قال ظهر بعد القسمة دين بطلت إن لم يوفوا السلم من ذلك ولكان أوضح وأخصر وإن استحق بعد القسمة بعض مشاع من المقسوم كثلث بطلت في الجميع لعدم حصول مقصود القسمة وهو التمييز ولظهور انفراد بعض الشركاء بالقسمة ومقتضى ما في الأصل أي الروضة الصحة ما ذكره من البطلان تبع فيه الإسنوي وهو جار على طريقته في أن العقد إذا جمع بين حلال وحرام لا يصح لرجوع الشافعي إليه آخرا كما مر بيانه في باب تفريق الصفقة وأما ما ذكره من أن مقتضى كلام الروضة الصحة فوهم بل الذي فيها أنها تبطل في المستحق وفي الباقي طريقان أصحهما قولان بلا ترجيح وفاته بيان الراجح مما ذكره الرافعي في شرحيه والمحرر وتبعه هو في

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/٣٢٩

المنهاج من أن في الباقي قولي تفريق الصفقة فيكون الأظهر صحة القسمة فيه وثبوت الخيار أو بعض معين واستويا أي الشريكان فيه صحت في الباقي لأن كلا منهما وصل إلى حقه وإلا أي وإن لم يستويا فيه بأن اختص أحدهما به أو أصاب أحدهما منه أكثر بطلت في الجميع لأن ما يبقى لكل لا يكون قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة نعم لو وقع في الغنيمة عين لمسلم أخذها منه الكفار ولم يعلم بها إلا بعد القسمة ردت لصاحبها وعوض عنها من وقعت في نصيبه من خمس الخمس ولا تبطل القسمة كما أوضحوه في بابه

". (١)

" التعديل قال الأذرعي وفيه نظر لأن شأن قسمة التعديل انقطاع العلقة من الجانبين وهنا منتف فإن صاحب العلو لو أراد البناء عليه نازعه صاحب السفل وصاحب السفل لو أراد الحفر تحت بنائه نازعه صاحب العلو النوع الثالث قسمة الرد بأن يكون في أحد جانبي الأرض بئر أو شجر أو بيت تتعذر قسمته وليس في الجانب الآخر ما يعادله إلا بضم شيء إليه من خارج فيرد من يأخذه بالقسمة قسط قيمته فإن كانت ألفا وله النصف رد خمسمائة وكل ما لا يمكن تعديله إلا برد فلا إجبار فيه لأن فيه تمليكا لما لا شركة فيه فكان كغير المشترك فلو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة والآخر خمسمائة واقتسما على أن يرد آخذ النفيس مائتين ليستويا فلا إجبار ولو تراضيا بأن يأخذ أحدهما النفيس ويرد على الآخر ذلك جاز وإن لم يحكما القرعة وهي أي قسمة الرد بيع وكذا قسمة التعديل وإن أجبر عليها كما مر وذلك لأنه لما انفرد كل من الشر يكين ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخر وإنما دخل الثانية الإجبار للحاجة كما يبيع الحاكم مال المديون جبرا وقسمة الإجزاء إفراز للحق لا بيع قالوا لأنها لو كانت بيعا لما دخلها الإجبار ولما جاز الاعتماد على القرعة ومعنى كونها إفرازا أن القرعة تبين أن ما خرج لكل من الشريكين كان ملكه وقيل بيع فيما لا يملكه من نصيب صاحبه إفراز فيما كان يملكه هو قبل القسمة لما علم مما مر وإنما دخلها الإجبار للحاجة فما صار في يد كل واحد منهما نصفه مبيع ونصفه مفرز باق على ملكه وهذا القول جزم به تبعا لتصحيح أصله له في بابي زكاة المعشرات والربا وهو قوي قال في الأصل ثم قيل القولان فيما إذا جرت القسمة إجبارا فإن جرت **بالتراضي** فبيع قطعا وقيل القولان في الحالين قال البغوي والأصح الطريق الأول قال الإسنوي هذا غلط على البغوي فإنه صحح في تهذيبه الطريق الثاني لكنه انعكس على الرافعي قال الأذرعي وفي بعض نسخ الرافعي الأصح الثاني وهو الصواب فرع وحيث قلنا القسمة بيع فاقتسما ربويا اشترط في الربوي التقابض في المجلس وامتنعت في الرطب والعنب وما عقدت النار أجزاءه كما علم من باب الربا وقوله ونحوه أي كل من المذكورات من زيادته وقوله وإن قلنا هي إفراز جاز لهم أي الشركاء ذلك يغني عن قوله ويقسم الرطب والعنب في الإفراز أي على القول بأن القسمة إفراز ولو كانت قسمتهما على الشجر خرصا لا غيرهما من سائر الثمار فلا يقسم على الشجر لأن الخرص لا يدخله وتقسم الأرض مزروعة وحدها ولو إجبارا سواء كان الزرع بذرا بعد أم قصيلا أم حبا مشتدا لأنه

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٤/٤

(١) ".

" في الأرض بمنزلة القماش في الدار بخلاف البناء والشجر لأن للزرع أمدا بخلافهما أو مع الزرع قصيلا بتراض من الشركاء لأن الزرع حينئذ معلوم مشاهد وأفهم قوله بتراض أنه لا إجبار في ذلك وصرح به الأصل نقلا عن جمع قال ولم يوجهوه بمقنع لا الزرع وحده ولا معها وهو بذر بعد أو بعد بدو صلاحه فلا يقسم

وإن جعلناها إفرازا كما لو جعلناها بيعا لأنها في الأولى قسمة مجهول وفي الآخرتين على الأول قسمة مجهول ومعلوم وعلى الثاني بيع طعام وأرض بطعام وأرض وتصح الإقالة في قسمة هي بيع لا إفراز وقوله بل تلغو إيضاح وتصحح القسمة في مملوك عن وقف إن قلنا هي إفراز لا إن قلنا هي بيع مطلقا أو إفراز وفيها رد من المالك فلا تصح أما في الأول فلامتناع بيع الوقف وأما في الثاني فلأن المالك يأخذ بإزاء ملكه جزءا من الوقف فعلم أنه إنما تصح فيما إذا لم يكن فيها رد أو كان فيها رد من أرباب الوقف ولغت على القولين قسمة وقف فقط أي لا عن ملك بأن قسم بين أربابه لما فيها من تغيير شرط الواقف قال البلقيني هذا إذا صدر الوقف من واحد على سبيل واحد فإن صدر من اثنين فقد جزم الماوردي بجواز القسمة كما تجوز قسمة الوقف مع الملك وذلك راجح من جهة المعنى وأفتيت به انتهى وكلامه متدافع فيما إذا صدر من واحد على سبيلين أو عكسه

والأقرب في الأول بمقتضى ما قاله الجواز وفي الثاني عدمه ويشترط في غير قسمة الإجبار وهي القسمة الواقعة بالتراضي من قسمة الرد وغيرها وإن تولاها منصوب الحاكم التراضي قبل القرعة وهو ظاهر وبعدها أما في قسمة الرد فلأنها بيع وهو لا يحصل بالقرعة فاشترط التراضي بعدها كما اشترط قبلها وأما في غيرها مما يقع بالتراضي فقياسا عليها بجامع اشتراط التراضي قبلها فإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين والآخر الآخر أو يأخذ أحدهما الخسيس والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة إلى تراض ثان أما قسمة الإجبار فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها ويكفي في التراضي بالقسمة بعد خروج القرعة رضينا بها ونحوه كرضينا بما أخرجته القرعة وبما جرى لأن الرضا أمر خفي فنيط بأمر ظاهر يدل عليه ولا يكفي مجرد رضيت ولا يشترط في القسمة بيع ولا تمليك أي التلفظ بهما وإن كانت بيعا فصل تقسم المنافع بين الشريكين كما تقسم الأعيان مهايأة أي مناوبة مياومة ومشاهرة ومسانهة ويقال مساناة ومسانية وعلى أن يسكن أو يزرع هذا مكانا من المشترك وهذا مكانا آخر منه لكن لا إجبار في المنقسم وغيره من الأعيان التي طلبت قسمة منافعها فلا تقسم إلا بالتوافق لأن المهايأة تعجل حق أحدهما وتؤخر حق الآخر بخلاف قسمة الأعيان ولأن انفراد أحدهما بالمنفعة مع الاشتراك في العين لا يكون إلا بمعاوضة والمعاوضة بعيدة عن الإجبار قال البلقيني وهذا في المنافع المملوكة بحق الملك في العين أما المملوكة بإجارة أو وصية فيجبر على قسمتها وإن لم تكن العين قابلة للقسمة إذ لا حق للشركة في العين قال ويدل للإجبار في ذلك ما ذكروه في كراء العقب وهو مع ذلك معترف بأن ما قاله مناف لما يأتي فيما إذا استأجر أرضا فإن تراضيا بالمهايأة وتنازعا في البداءة بأحدهما

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٦/٤

أقرع بينهما ولكل منهما الرجوع عن المهايأة بناء على أنه لا إجبار فيها فإن رجع أحدهما عنها بعد استيفاء المدة أو بعضها لزم المستوفي للآخر نصف أجرة المثل لما استوفى كما إذا تلفت أي العين المستوفي أحدهما منفعتها فإنه يلزم المستوفى نصف أجرة المثل فإن تمانعا أي تنازعا في المهايأة وأصرا على ذلك أجرها أي العين القاضي لهما بمعنى عليهما ووزع الأجرة عليهما بقدر حصتهما وينبغي له أن يقتصر على أقل مدة تؤجر تلك العين فيها عادة إذ قد يتفقان عن قرب قاله الأذرعي ولا يبيعها

"(١).

" عليهما لأنهما كاملان ولا حق لغيرهما فيها وكذا الحكم لو استأجرا أرضا مثلا في المهايأة والنزاع وتأجير أي إجارة القاضي لهما بمعنى عليهما فيه زيادة على ما في الأصل وعبارته ولو استأجرا أرضا وطلب أحدهما المهايأة وامتنع الآخر فينبغي أن يعود الخلاف في الإجبار

وإن اقتسماها بالتراضي ثم ظهر عيب بنصيب أحدهما فله بل لهما الموافق لكلام الأصل بل للآخر الفسخ للقسمة وثبوت الفسخ للآخر نقله الأصل عن بحث القاضي وهو بعيد وكلامه آخر الباب يقتضي المنع وهو ظاهر وإن جرت المهايأة في عبد مثلا مشترك بينهما فقد بينا في باب اللقطة بأن الباء زائدة أي أن الأكساب النادرة كاللقطة والهبة ونحوهما كالوصية تدخل في المهايأة كالأكساب العامة ولا حاجة لقوله ونحوهما وكذا يدخل فيها المؤن النادرة كأجرة الطبيب والحجام كالمؤن العامة فتكون الأكساب لذي النوبة والمؤن عليه إلا أرش الجناية كما مر في اللقطة ويراعى في الكسوة قدر المهايأة فتجب عليهما إن كانت مياومة فرع لا تجوز المهايأة في ثمر الشجر ليكون لهذا عاما ولهذا عاما ولا في لبن الشاة ليحلب هذا يوما وهذا يوما لأن ذلك ربوي مجهول وطريق من أراد ذلك أن يبيح كل منهما لصاحبه مدة واغتفر الجهل لضرورة الشركة م ع تسامح الناس في ذلك فصل ليس للقاضي أن يجيب جماعة إلى قسمة شيء مشترك بينهم حتى يثبتوا أي يقيموا عنده بينة بالملك لهم لأنه قد يكون في أيديهم بإجارة أو إعارة فإذا قسمه بينهم فقد يدعون الملك محتجين بقسمة القاضي قال البلقيني وخرج من هذا أن القاضي لا يحكم بالموجب بمجرد اعتراف العاقدين بالبيع ولا بمجرد إقامة البينة عليهما بما صدر منهما لأن المعنى الذي قيل هنا يأتي هناك والأوجه خلاف ما قاله لأن معنى الحكم بالموجب أنه إن ثبت الملك صح فكأنه حكم بصحة الصيغة واعترض ابن سريج على إجابة القاضي لهم إذا أثبتوا عنده الملك بأن البينة إنما تقام وتسمع على خصم ولا خصم هنا وأجاب ابن أبي هريرة بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك وقد يكون لهم خصم غائب فيسمع البينة ليحكم لهم عليه قال ابن الرفعة وفي الجواب نظر وخرج بإثبات الملك إثبات اليد لأن القاضي لم يستفد به شيئا غير الذي عرفه وإثب ا ت الابتياع أو نحوه لأن يد البائع أو نحوه كيدهم سواء في عدم إجابته لهم اتفقوا على طلب القسمة أو تنازعوا فيه ويقبل في إثبات الملك شاهد وامرأتان

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٧/٤

كما يقبل فيه شاهدان قاله ابن كج لا شاهد ويمين لأن اليمين إنما شرعت لترد على الخصم عند النكول ولا مرد لها هنا لعدم وجود الخصم وقيل

". (١)

" العبد عليهما أن أباهما كاتبه ولم يقم بينة بذلك وكذباه حلفا على نفي العلم بذلك لأن الأصل معهما ومن نكل منهما عن اليمين فنصيبه مكاتب بيمين المكاتب المردودة عليه فإن أقام بينة أو صدقاه فمكاتب فإن صدقه أحدهما وأنكر الآخر وحلف رق نصيبه وله مع العبد المهايأة في الكسب بلا إجبار عليها ولا تقدير أي لازم فيها للنوبتين فيجوز بيومين وثلاثة وأقل وأكثر وصار نصيب المصدق مكاتبا عملا بإقراره ولا يضر التبعيض للضرورة وتقبل شهادة المصدق على المكذب لانتفاء التهمة وأما استحقاقه لما يخصه من النجوم المشتركة فلا يؤثر لأن العبد مقر به فلا تهمة وإذا أدى النجوم وفضل شيء مما كسبه لنفسه فهو له صرح به الأصل

وإن أعتق المصدق نصيبه أو أبرأ عن حصته من النجوم أو قبض حصته منها عتق كما في المشترك ولم يسر أي نصيب الآخر وإن كان موسرا لأن العتق إنما وقع عن الميت كما مر نظيره ولأن المكذب لم يعترف بعتق نصيبه في الأخيرتين فالإبراء والقبض عنده لغو لأن المصدق مجبر على القبض في صورته فلا يكون العتق باختياره وهذا ما صححه الأصل في الثانية وجزم به في الثالثة واقتضى كلامه ترجيحه في الأولى لكن الذي في المنهاج كأصله فيها أن المذهب السراية إن كان موسرا لأن المكذب يقول إنه رقيق لهما فإذا أعتق شريكه نصيبه ثبتت السراية بقوله وإنما لم نقل بالسراية في نظيره من المكاتب كله لما فيها من إبطال حق الشريك في كتابته وهذه العلة مفقودة هنا فلا محذور في السراية وما في المنهاج هو المعتمد وجرى عليه صاحب الحاوي الصغير وغيره والظاهر أنه لا غرم للسراية لأن المكذب يزعم أن المصدق أعتق نصيبه عن نفسه لا عن الميت والمصدق ينكره فهو كما لو قال لشريكه أنت أعتقت نصيبك فأنكر ويحتمل خلافه وولاء ما عتق للمصدق فقط لأن المكذب أبطل حقه بالتكذيب كما لو ادعى وارثان دينا وأقام شاهد أو حلف أحدهما معه دون الآخر يأخذ الحالف نصيبه ولو قيل بأن الولاء موقوف لكان له وجه فإن عجزه المصدق عاد قنا فيأخذ ما بيده من الكسب لأن المكذب أخذ حصته ولو اختلفا في شيء من أكسابه فقال المصدق اكتسب هذا بعد الكتابة وقد أخذت نصيبك منه فهو لي وقال المكذب بل اكتسبه قبلها وكان للأب فورثناه منه صدق المصدق لأن الأصل عدم الكسب قبلها قال الأذرعي ومحله إذا اعترف المكذب بأنه أخذ ما خصه من كسبه قبل تعجيز المصدق قال وهو واضح وقد يغفل عنه

فرع لو وجد السيد بالنجوم عيبا فله ردها إن كانت باقية وطلب بدلها وإن كان العيب يسيرا كالبيع بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ **بالتراضي** فإن رضي به عتق بقبض النجم الأخير ويكون رضاه كالإبراء عن بعض الحق والأصح أنه يعتق بالقبض لا بالرضا بناء على أن مستحق الدين إذا استوفاه ووجد به عيبا ورضي به لا نقول ملكه بالرضا

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٣٣٨/٤

بل بالقبض وتأكد الملك بالرضا وإن رد المعيب بان أن لا عتق إذ لو حصل عتق لم يرتفع فإن أبدله بعد استرداده أي أعطاه بدله سليما عتق وإن علم بعيبه بعد التلف عنده ولم يرض به بل طلب الأرش بان أن لا عتق فإن أدى إليه الأرش عتق حينئذ أي حين أداه فإن رضي بالعيب نفذ العتق فإن عجز وعجزه سيده رق كما لو عجز ببعض النجوم والأرش أي قدره ما نقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب لا ما نقص من قيمة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم كما هو وجه لأن المقبوض عما في الذمة ل يس ركنا في العقد ولذلك لا يرتد العقد برده فلا يسترد في مقابلة نقصانه جزء من المعوض كما لا يسترد العوض إذا كان باقيا برد المعيب والترجيح من زيادته قال الإسنوي وهو الصحيح فقد رجحه في الشرح الصغير ونص عليه في الأم وإن وجد

". (١)

" سائر المثليات بما إذا لم يحصل به عتق ففي الأم لو حرق السيد لمكاتبه مائة صاع حنطة مثل حنطته والحنطة التي على المكاتب حالة كانت قصاصا وإن كره سيده ثم قال وكذا لو كان مكان الحنطة جناية على المكاتب لم تختلف هذا وما مر في استيفاء القصاص من جريان التقاص في الديات محمول بقرينة ما هنا على ما إذا كان الواجب النقد بأن أعوزت الإبل ورجع الواجب إلى النقد جمعا بين الكلامين وتقدمت الإشارة إليه ثم

واعلم أنهما لو تراضيا بجعل الحال قصاصا عن المؤجل لم يجز أيضا كما في الحوالة كذا رجحه الأصل والوجه تقييده بما إذا لم يحصل به عتق ففي الأم لو جنى السيد على مكاتبه فأوجب مثل النجوم وكانت مؤجلة لم يكن قصاصا إلا أن يشاءه المكاتب دون سيده وإذا جاز ذلك برضا المكاتب وحده فبرضاه مع السيد أولى ولو كانا مؤجلين بأجل واحد فوجهان أرجحهما عند الإمام التقاص وعند البغوي المنع ونقلهما الأصل وفي تنصيص المصنف على الحلول دون التأجيل إشارة إلى ترجيح الثاني وهو ما اقتضاه كلام الشرح الصغير وجزم به القاضي لانتفاء المطالبة ولأن أجل أحدهما قد يحل بموته قبل الآخر فلا يجوز ذلك إلا **بالتراضي** ورجح البلقيني الأول وقال في نص الشافعي ما يدل له

قال الزركشي تبعا للإسنوي وشرط التقاص أن يكون الدينان مستقرين فإن كانا سلمين فلا تقاص وإن تراضيا لامتناع الاعتياض عنهما

قاله القاضي والماوردي ونص عليه الشافعي فإن منعنا التقاص في الدينين وهما نقدان من جنسين كدراهم ودنانير فالطريق في وصول كل منهما إلى حقه من غير أخذ من الجانبين أن يأخذ أحدهما ما على الآخر ثم يجعل المأخوذ إن شاء عوضا عما عليه ويرده إليه لأن دفع العوض عن الدراهم والدنانير في الذمة جائز ولا حاجة حينئذ إلى قبض العوض الآخر أو هما عرضان من جنسين فليقبض كل منهما ما على الآخر فإن قبض واحد منهما لم يجز رده عوضا عن الآخر لأنه بيع عرض قبل القبض وهو ممتنع إلا إن استحق ذلك العرض بقرض أو إتلاف لا عقد إلا أن يكون العرض فيه ثمنا فيجوز ذلك ولا حاجة لقوله كأصله لا عقد لدخوله في المستثنى منه وإن كان أحدهما نقدا والآخر عرضا وقبض العرض

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/٤٨٣

مستحقه جاز له رده عوضا عن النقد المستحق عليه إن لم يكن دين سلم لا عكسه أي لا إن قبض النقد مستحقه فلا يجوز له رده عوضا عن العرض المستحق عليه إلا إن استحق العرض في القرض ونحوه من الإتلاف أو كان ثمنا وإن امتنع التقاص وامتنع كل من المتداينين من البداءة بالتسليم لما عليه حبسا حتى يسلما كذا نقله في الروضة عن صاحب الشامل وغيره

قال الأذرعي وقضيته أن السيد والمكاتب يحبسان إذا امتنعا من التسليم وهو منابذ لقولهم إن الكتابة جائزة من جهة العبد وله ترك الأداء وإن قدر عليه ولم أر ذلك في شيء من الكتب التي تستمد من الشامل كالبحر وحلية الشاشي وبيان العمراني وعبارة الماوردي فإن قال كل منهما لا أدفع ما علي حتى أقبض مالي كان لكل منهما حبس ما لصاحبه على حقه ولا يرجح أحدهما في تقديم القبض وهو الصواب وما وقع في الشامل من إيهام الحبس سبق قلم أو تحريف من ناقل وأما حبس السيد أو المكاتب فلا وجه له انتهى

وظاهر أن حبسهما بما ذكر إنما ينابذ ما قاله لو لم يمتنعا من تعجيز المكاتب أما لو امتنعا منه مع امتناعهما مما مر فلا وعليه يحمل كلامهم

فرع لا تصح الوصية من السيد برقبة المكاتب وإن عجزه بعد لأنه ممنوع من التصرف في رقبته ومنفعته فأشبه ما إذا أوصى بعبد الغير فإن علقها بتعجيزه وعوده رقيقا صحت كما لو أوصى بثمرة نخلته وحمل جاريته وكما لو قال إن ملكت عبد فلان فقد أوصيت به وتقدم ذلك في الوصايا ولا حاجة لقوله وعوده رقيقا فإن عجز المكاتب عن النجوم في هذه وأنظره الوارث فللموصى له تعجيزه ليأخذه لأنه يستحق رقبته فله التوصل إلى حقه بتعجيزه والوارث لا حق له فيها وإنما يعجزه الموصى له بالقاضي أي بالرفع إليه كما مر في المجني عليه وتصح الوصية بالنجوم التي على المكاتب وإن لم تكن مستقرة كما تصح بالحمل وإن لم يكن مملوكا في الحال فيأخذها الموصى

---

(١) ".

" وهو خبر بمعنى النهي والمعنى فيه الإيذاء وذكر الرجل والأخ ليس للتقييد بل الأولى لأنه الغالب والثاني للرقة والعطف عليه وسرعة امتثاله فغيرهما مثلهما وإنما يحرم ذلك بعد تقرر ثمن **بالتراضي** به صريحا بأن يقول لمن أخذ شيئا ليشتريه بكذا رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو بأقل منه أو مثله بأقل أو يقول لمالكه استرده لأشتريه منك بأكثر وخرج بالتقرر ما يطاف به على من يزيد فيه

---

(٢) ".

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٤/٤٩٤

(٢) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٣/٩٠

" ولا يتوقف وجوبه على الطلاق بل يجب تسليمه في الحال لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال والمعوض تأخر **بالتراضي** لوقوعه في التعليق بخلاف المنجز يجب فيه تقارن العوضين في الملك

واختلاع أجنبي من ولي لها وغيره

". (١)

" على ما يحتمله كسبه المباح الفاضل عن مؤنته إن جعلت من كسبه لخبر الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم أعطى أبا طيبة لما حجمه صاعين أو صاعا من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه بتراض فليس لأحدهما إجبار الآخر عليها لأنها عقد معاوضة فاعتبر فيها **التراضي** كالكتابة وهي ضرب خراج معلوم يؤديه من كسبه كل يوم أو نحوه كأسبوع أو شهر بحسب ما يتفقان عليه وقولي ضرب مع معلوم من زيادتي وقولي أو نحوه أعم من قوله أو أسبوع وعليه كفاية دوابه المحترمة بعلفها وسقيها

". (٢)

"فإن التمس الجالب من الحاضر بأن قال له ابتداءا أترك هذا عندك لتبيعه بالتدريج أو انتفى عموم حاجة أهل البلد إلى ذلك المجلوب بأن لم يحتج إليه أصلا أو إلا نادرا أو عمت وقصد الجالب بيعه بالتدريج فسأله الحضري أن يفوضه إليه أو قصد بيعه بسعر يومه فقال له اتركه عندي لأبيعه كذلك لم يحرم لأنه لم يضر بالناس ومثل البيع في ذلك الحكم الإجارة فلو أراد شخص أن يؤجر محلا حالا فأرشده شخص إلى تأخير الإجارة لوقت كذا حرم ذلك لما فيه من إيذاء المستأجر وكما يحرم صد الجالب يحرم اشتراء متاعه من غير طلب منه حال كونه خارجا عن البلد مثلا قبل علمه بسعر المتاع وإن لم يقصد المشتري التلقي وإن لم يكن المجلوب مما تعم الحاجة إليه ولم يكن الجالب غريبا فيعصي بالشراء ويصح وللجالب الخيار فورا إذا عرف الغبن ولو قبل قدومه البلد والعلة في التحريم غبن الجالب سواء أخبر كاذبا أم لم يخبر وقيل خشية حبس الم شتري لما يشتريه منه فيضيق على أهل البلد ولا إثم للمشتري ولا خيار للجالب بتلقيه في البلد قبل الدخول للسوق لتقصيره حينئذ ولو اشترى منه قبل التمكن من معرفة السعر حرم وثبت الخيار لعدم تقصيره فأشبه ما لو اشترى منه قبل دخوله البلد ولا خيار أيضا فيما لو عرف الجالب سعر البلد المقصود ولو بخبر المشتري إن صدقه فيه فاشترى منه به أو بدونه ولو قبل قدومه البلد لانتفاء الغبن ولا فيما إذا اشترى منه بطلبه ولو غبنه وفيما إذا لم يعرف السعر ولكن اشترى به أو بأكثر لا خيار على ما اعتمده الرملي وابن حجر ولا إثم إذ لا تغرير

---

(١) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٣١٥/٤

(٢) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ٥٢٧/٤

(و) حرم مع علم التحريم أيضا (سوم على سوم) بأن يزيد على آخر في ثمن ما يريد أو يخرج له أرخص منه أو يرغب المالك في استرداد المبيع ليشتريه بأغلى وإنما يحرم ذلك (بعد تقرر ثمن) بأن يكون المتبايعان قد صرحا بالتوافق على شيء معين وإن كان أنقص من قيمته بخلاف ما لو انتفى ذلك الاستقرار أو كان المبيع يطاف به طلبا للزيادة فتجوز الزيادة فيه إذا كانت بقصد الشراء وإلا حرمت لأنها من النجش بل يحرم على من لم يرد الشراء أخذ المتاع الذي يطاف به لمجرد التفرج عليه لأن صاحبه إنما يأذن عادة في تقليبه لمريد الشراء ويدخل في ضمانه بمجرد ذلك حتى لو تلف في يد غيره كان طريقا في الضمان لأنه غاصب بوضع يده عليه فليتنبه له فإنه يقع كثيرا أما لو زاد الثمن لا على نية الأخذ بل لمجرد إضرار الغير فهو حرام لأن ذلك نجش ولو زاد على نية الأخذ لا لغرض بل لإضرار غيره حرم ومع ذلك لا يحرم على المالك بيع الطالب بتلك الزيادة كذا قال الشبراملسي

وحرمة السوم بعد عقد وقبل لزومه بأن يكون المعقود عليه في زمن خيار مجلس أو شرط أشد من الحرمة قبل العقد وبعد **التراضي** بالثمن لأن الإيذاء هنا أكثر وذلك بأن يبيع على بيع الغير بأن يرغب المشتري في الفسخ ليبيعه خيرا من ذلك المبيع بمثل ثمنه أو مثل ذلك بأقل أو يشتري على شرائه بأن يرغب البائع في الفسخ ليشتري السلعة منه بأكثر ومن ذلك أن يبيع بحضرة مشتر مثل المبيع بأرخص وأن يطلب السلعة من المشتري بأكثر والبائع حاضر قبل لزوم العقد فيحرم ذلك لأدائه إلى الفسخ أو الندم

(و) حرم (نجش) أي إثارة

---

(١) ".

"فيه فأكرهه الحاكم على بيعه وشرائه لأنه إكراه بحق ويصح بيع السكران وشراؤه على المذهب وأما الصيغة فكقوله بعت وملكت ونحوها ويقول المشتري قبلت أو ابتعت ولا يشترط توافق اللفظين فلو قال ملكتك هذا العين بكذا فقال اشتريت أو عكسه صح وكما يشترط الإيجاب والقبول يشترط أن لا يطول الفصل بينهما إما بأن لا تنفصل النية أو يفصل بزمان قصير فإن طال ضر لأن الطول يخرج الثاني عن أن يكون جوابا والطويل ما أشعر بإعراضه عن القبول كذا ذكره النووي في زيادة الروضة في كتاب النكاح ولو لم يوجد إيجاب وقبول باللفظ ولكن وقعت معاطاة كعادات الناس بأن يعطي المشتري البائع الثمن فيعطيه في مقابله البضاعة التي يذكرها المشتري فهل يكفي ذلك المذهب في أصل الروضة أنه لا يكفي لعدم وجود الصيغة وخرج ابن سريج قولا أن ذلك يكفي في المحقرات وبه أفتى الروياني وغيره والمحقر كرطل خبز ونحوه مما يعتاد فيه المعاطاة و قال مالك رحمة الله تعالى ووسع عليه ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعا واستحسنه الإمام البارع ابن الصباغ وقال الشيخ الإمام الزاهد أبو زكريا محيي الدين النووي قلت هذا الذي استحسنه ابن الصباغ هو الراجح دليلا وهو المختار لأنه لم يصح في الشرع اشتراط اللفظ فوجب الرجوع الى العرف كغيره وممن اختاره المتولي والبغوي وغيرهما والله أعلم

---

(١) نهاية الزين، ص/٢٣٠

قلت ومما عمت به البلوى بعثان الصغار لشراء الحوائج واطردت فيه العادة في سائر البلاد وقد تدعو الضرورة الى ذلك فينبغي إلحاق ذلك بالمعاطاة إذا كان الحكم دائرا مع العرف مع أن المعتبر في ذلك **التراضي** ليخرج بالصيغة عن أكل مال الغير بالباطل فإنها دالة على الرضا فإذا وجد المعنى الذي اشترطت الصيغة لأجله فينبغي أن يكون هو المعتمد بشرط أن يكون المأخوذ يعدل الثمن وقد كانت المغيبات يبعثن الجواري والغلمان في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لشراء الحوائج فلا ينكره وكذا في زمن غيره من السلف والخلف والله أعلم قال

(وبيع شيء موصوف في الذمة فجائز وبيع عين غائبة لم تشاهد فلا يجوز)

البيع إن كان سلما فسيأتي وإن كان على عين غائبة لم يرها المشتري ولا البائع أو لم يرها احد المتعاقدين وفي معنى الغائبة الحاضرة التي لم تر وفي صحة بيع ذلك قولان

أحدهما ونص عليه في القديم والجديد أنه لا يصح وبه قال الأئمة الثلاثة وطائفة من أئمتنا وأفتوا به منهم البغوي والروياني قال النووي في شرح المهذب وهذا القول قاله جمهور العلماء من الصحابة والتابعين والله أعلم قلت ونقله الماوردي عن جمهور أصحابنا قال ونص عليه الشافعي في ستة مواضع واحتجوا له بحديث إلا أنه ضعيف ضعفه الدارقطني والبيهقي والله أعلم والجديد الأظهر ونص عليه الشافعي في ستة مواضع أنه لا يصح لأنه غرر وقد نهى

---

(١) ".

"

وهي في الاصطلاح انتقال الدين من ذمة إلى ذمة وحقيقتها بيع دين بدين على الأصح واستثنيت من بيع الدين بالدين لمسيس الحاجة والاصل فيها الإجماع ما ورد أنه عليه الصلاة والسلام قال

(مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع) وفي رواية

(وإذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل) وقوله أتبع بضم الهمزة وسكون التاء وقوله فليتبع قال بعض المحدثين إن تاءه مشددة وقال النووي في شرح مسلم الصواب المعروف تخفيفها وقوله على ملئ هو بالهمزة والمطل إطالة المدافعة واشترط الشيخ لصحتها هذه الأربعة وهي ثلاثة لأن رضى المحيل والمحتال شرط واحد ووجه اشتراط رضى المحيل أن الحق الذي عليه له قضاؤه من حيث شاء ووجه رضي المحتال أن حقه في ذمة المحيل فلا ينتقل إلا برضاه كما أن الاعيان لا تبدل إلا **بالتراضي** ويؤخذ من كلام الشيخ أن رضى المحال عليه لا يشترط وهو كذلك على الأصح لأنه محل التصرف فأشبه العبد المبيع ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره والله أعلم

الشرط الثاني أن يكون الدين مستقرا على ما ذكره الشيخ واشتراط الاستقرار ذكره الرافعي عند ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن وقال لا يكفي لصحة الحوالة لزوم الدين بل لا بد من الاستقرار ولأن دين السلم لازم مع أن الأصح لا تصح الحوالة به ولا عليه لكنه قاله هنا القسم الثاني الدين اللازم فتصح الحوالة به وعليه قال النووي بعده أطلق الرافعي

---

(١) كفاية الأخيار، ص/٢٣٣

صحة الحوالة بالدين اللازم وعليه اقتداء بالغزالي وليس كذلك فإن دين السلم لازم ولا تصح الحوالة به ولا عليه على الصحيح وبه قطع الأكثرون قلت قد اتفقا على تصحيح الحوالة بثمن في زمن الخيار وعليه مع أنه غير لازم فضلا عن الاستقرار إلا أنه يؤول إلى اللزوم وأما بعد مضي الخيار وقبل قبض المبيع فالمذهب الذي قطع به الجمهور أنه تصح الحوالة به وعليه مع أنه غير مستقر لجواز تلف المبيع فلا يستقر إلا بقبض المبيع وكذا تجوز الحوالة بالأجرة وكذا الصداق قبل الدخول والموت ونحو ذلك بل صدر في أصل الروضة في أول الشرط فقال الثاني كون الدين لازما أو يصير إلى اللزوم والله أعلم

(فرع) إذا اشترى شخص شيئا ثم أحال البائع بالثمن على رجل ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا قديما فرده به أو تقايلا ونحوهما ففي بطلان الحوالة خلاف منتشر والمذهب البطلان وسواء في ذلك بعد قبض المحتال الحوالة أم لا على الأصح ولو أحال البائع على المشتري بالثمن لشخص فالمذهب أنها لا تبطل سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري أم لا والفرق بين الصورتين أن في هذه الصورة الثانية تعلق الحق بثالث والله أعلم

---

(١) ".

"يخالف العادة فله الخيار والمشهور من كلام الأصحاب أنه لا يثبت الخيار بمثل هذا ثم قال ويشبه أن يقال أن كانت المرأة تتحمل وطء نحيف مثلها فلا فسخ وإن كان بسبب ضيق المنفذ بحيث يحصل به الإفضاء من كل وطء فهذا كالرتق وينزل ما قاله الأصحاب على الحالة الأولى وما قاله الغزالي على الحالة الثانية قال الرافعي

ولا خيار بكون الزوج أو المرأة عقيما ولا بكونها مفضاة والإفضاء هو رفع الحاجة بين مخرج البول ومدخل الذكر والله أعلم قال & باب الصداق & فصل ويستحب تسمية المهر في النكاح فإن لم يسم صح العقد ووجب مهر المثل بثلاثة اشياء أن يفرضه الحاكم أو يفرضه الزوجان أو يدخل بها فيجب مهر المثل

الصداق بفتح الصاد وكسرها هو اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء وله اسماء صداق ونحلة وفريضة وأجر وهذه في القرآن العزيز ومهر وعقيلة وعقر وهذه في السنة الشريفة والصداق مأخوذ من الصدق وهو الشديد الصلب لأنه اشد الأعواض ثبوتا فانه لا يسقط بالتراضي والأصل في الكتاب والسنة قال الله تعالى ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ والنحلة الهبة وسمي نحلة لأن المرأة تستمتع بالزوج كهو بل هي أكثر فكأنها تأخذ الصداق من غير مقابلة شيء ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم ((التمس ولو خاتما من حديد)) ثم إنه لم يجده فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((زوجتكما بما معك من القرآن)) إذا عرفت هذا فالمستحب أن لا يعقد النكاح إلا بصداق اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه لم يعقد إلا بمسمى ولأنه أدفع للخصومة ومقتضى كلام الشيخ أن المهر ليس ركنا في النكاح وهو كذلك قال ال أصحاب ليس المهر ركنا في النكاح بخلاف البيع فإن ذكر الثمن ركن فيه والفرق أن المقصود الأعظم من النكاح الاستمتاع وتوابعه وهو قائم بالزوجين فلهذا لم يكن ركنا في النكاح بخلاف البيع فإن العوض

---

(١) كفاية الأخيار، ص/٢٦٤

مقصود فيه ويدل على ما ذكرناه في النكاح باعتبار جواز إخلائه عن ذكر الصداق قوله تعالى ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ وهو دليل لمسألة التفريض التي ذكرها الشيخ بقوله فإن لم يسم صح العقد ومعنى التفريض إخلاء النكاح عن ذكر الصداق وصورته أن يصدر من مستحق المهر وذلك

". (١)

"الاصناف الذين تقدم ذكرهم في الغنيمة وأما الأربعة الأخماس الباقية فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم في حياته مع خمس الخمس لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقها لإرهابه العدو وأما بعده فالأظهر أنها للمرتزقة وهم الأجناد الذين عينهم الإمام للجهاد وأثبت أسماءهم في الديوان بعد أن تجتمع فيهم شروط وهي الإسلام والتكليف والحرية والصحة لأن بهم يحصل إرهاب العدو ودفع شرهم فعلى هذا لو زادت الأربعة الأخماس على قدر حاجتهم صرف الفاضل إليهم أيضا على قدر مؤناتهم فمن احتاج ألفين يعطي من الفاضل إليه ضعف ما يحتاج ألفا وهذا هو الأصح وقيل يرد عليهم بالسوية وهل يجوز أن يصرف من الفاضل شيء إلى إصلاح الحصون وإلى السلاح والكراع وجهان أصحهما نعم والله أعلم وقيل أن الأربعة أخماس تكون للمصالح لأنها كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم في حياته فتصرف بعده إلى المصالح كخمس الخمس وعلى هذا فيعطون م نها الأجناد لأن إعانتهم من أهل المصالح والله أعلم قال & باب الجزية & فصل وشرائط وجوب الجزير خمس خصال البلوغ والعقل والحرية والذكورة وأن يكون من أهل الكتاب أو ممن له شبه كتاب

الجزيرة هي المال المأخوذ **بالتراضي** لإسكاننا إياهم في ديارنا أو لحق دمائهم وذراريهم وأموالهم أو لكفنا عن قتالهم واختار القاضي حسين الأخير وضعف الأول بالمرأة فإنا تسكن دارنا ولا جزية عليها وضعف الثاني بأنها تكرر أي الجزية بتكرر السنين وبذل الحق لا يتكرر وقال إمام الحرمين الوجه أن يجمع مقاصدهم ويقول هي أي مقاصدهم تقابل الجزية

ثم الأصل في الجزية قبل الإجماع قوله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ إلى قوله ﴿ وهم صاغرون ﴾ أي يلتزموها وهذا نظير قوله تعالى ﴿ فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ﴾ أي التزموا ذلك بالنطق بالشهادتين المتضمنة لذلك وقيل إن آية الجزية ناسخة لهذه الآية وأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية من مجوس هجر ومن أهل نجران ومن أهل أيلة والمعنى في أخذها المعونة لنا وإهانة لهم وربما يحملهم ذلك على الإسلام واعلم أن عقد الذمة

". (٢)

---

(١) كفاية الأخيار، ص/٣٦٧

(٢) كفاية الأخيار، ص/٥٠٨

"الأعيان أجناسا كدواب وثياب وحنطة وشعير ونحو ذلك أو أنواعا كجمل بختي وعربي وضأن ومعز وثوبين كتان وقطن ونحو ذلك فطلب أحدهما أن يقسم أجناسا أو أنواعا لم يجبر الآخر وإنما يقسم **بالتراضي** وكذا لو اختلطت الأنواع وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء فلا قسمة إلا **بالتراضي** على ما قطع به الجمهور وهو المذهب

النوع الثالث قسمة الرد وصورتها أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر أو شجر أو في الدار بيت لا يمكن قسمته فتضبط قيمة ما اختص ذلك الجانب به وتقسم الأرض والدار على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب تلك القيمة وهذه لا إجبار عليها بلا خلاف لأنه دخل في ذلك ما لا شركة فيه وكذا لو كان بينهما عبدان ونحوهما بالسوية وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستمائة واقتسما على أن يرد أحد النفيس مائتين ليستويا هذا هو المذهب المشهور نعم لو تراضيا بقسمة الرد جاز وبالجملة فالراجح أن قسمة الرد والتعديل بيع وقسمة الأجزاء إفراز على الراجح ويشترط الرد في الرضا بعد خروج القرعة وكذا لو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا بعد القرعة على الراجح كقولهما رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة إذا عرفت هذا فإن لم يكن في القسمة تقويم وقد أمر الحاكم بها جبرا جاز قاسم واحد لأن قسمته تلزم بنفس قوله فأشبه الح ا كم وهذا هو المذهب وبه قطع جماعة وإن كان في القسمة تقويم لم يكف إلا قاسمان لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين كذا حكاه الرافعي والبندنيجي والماوردي والروياني والبغوي وصاحب الكافي وتبعهم النووي قال ابن الرفعة وقضيته أن الحاكم لو فوض لواحد سماع البينة بالتقويم وأن يحكم به لا يكفي وقد قال الإمام أن ذلك سائغ وعبارة الروضة إن كان تقويم اشترط اثنان وللإمام أن ينصب قاسما يجعله حاكما في التقويم ويعتمد في التقويم على عدلين وقال ابن الرفعة إن تعلقت بصبي أو مجنون اشترط اثنان وإلا فلا وقضية كلام ابن الرفعة أن ذلك يجري فيما لا تقويم فيه واعلم أنه لو فوض الشركاء القسمة إلى واحد **بالتراضي** جاز بلا خلاف قاله الرافعي وتبعه النووي والله أعلم قال (وإذا دعي أحد الشريكين إلى قسمة مالا ضرر فيه لزم الآخر إجابته)

الأعيان المشتركة إذا طلب أحد الشريكين أو الشركاء قسمتها وامتنع الآخر ينظر إن كان لا ضرر في القسمة أجبر الممتنع وذلك كالثياب الغليظة التي لا تنقص بقطعها والأراضي والدور والحبوب ونحو ذلك لأنه لا ضرر وإن كان عليها ضرر كالجواهر والثياب النفيسة التي تنقص بقطعها أو الرحى أو البئر أو الحمام الصغير لم يجبر الممتنع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار

---

(١) ".

"...المسألة الثانية : يجب أن يكون الوصف المعلّلُ الحكم به ظاهراً غير خفي لأنه إذا كان خفياً كان أشبه بالمغيب فلا يصح التعليل به وبناء القياس عليه ، ومثاله تعليل القصاص بالقتل العمد فيقول المعترض العمد قصد نفسي وهو خفي فلا يصح التعليل به ولكن يصح بدلاً منه ما يظن وجوده عنده وإن كان بطبعه خفياً ويُسمّى ((مِظنة)) كتعليلنا نقل الملك في العِوَضين **بالتراضي** بين المتبايعين وقد قال تعالى : ((إلا أن يكون تجارةً عن تراض منكم))

---

(١) كفاية الأخيار، ص/٥٦١

فإن الرضا وصف خفي لأنه من أحوال النفوس فلا يصح اعتباره علة بالاستقلال ولكن يعتبر بأمور ظاهرة تدل عليه كالإيجاب والقبول فإن قول البائع بعتُ دليل على رضاه بخروج المبيع من ملكه لقاء دخول الثمن في ماله وقول المشتري قبلتُ دليل على رضاه بخروج الثمن من ماله لقاء دخول المشترَى في ملكه ، ولما كان المعتبر عندنا وجود ما يدل على الرضا الذي هو المقصود في ال أصل وكان الفعل أيضاً يدل على الرضا مثل دلالة القول عليه كالمعاطاة التي تحصل بين المتبايعين ذهب فقهاؤنا إلى أن البيع ليس من شروطه الصيغة اللفظية خلافاً للشافعية الذين لا يحكمون بانعقاد البيع إلا بالصيغة اللفظية الدالة على الإيجاب والقبول وأما الحنفية فيفرقون بين الأشياء المبيعة فيشترطون في النفيسة الصيغة اللفظية ويكتفون في الحقيرة بالمعاطاة وهذا عندهم من الاستحسان ، ووجهه أن الصيغة أدل على الرضا من المعاطاة فيحسن أن يعتبر في الأشياء النفيسة ما هو أدل عليه صوناً للبيع من التعرض لإنكار حصول الرضا فيه .

...المسألة الثالثة : يجب أن يكون الوصف منضبطاً غير مضطرب أي أن الأشياء التي تتفاوت في نفسها كالمشقة تضعف وتقوى لذلك وجب ضبطها ليتأتى بناء الحكم عليها كالسفر مثلاً فإن الشارع رخص للمسافر في قصر الصلاة لمشقة السفر ، ولكن المشقة المعتبرة في السفر غير منضبطة لأنها تتف ا وت بطول السفر وقصره وكثرة الجهد وقلته." (١)

"انقضت سنوه لم يكن لرب الأرض أن يقلع غرسه حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرته إن كانت فيه يوم يقلعه

قال الشافعي رحمه الله

ولرب الغراس إن شاء أن يقلعه على أن عليه ما نقص الأرض والغراس كالبناء إذا كان بإذن مالك الأرض مطلقا وما اكترى فاسدا وقبضها ولم يزرع ولم يسكن حتى انقضت السنة فعليه كراء المثل قال المزني رحمه الله القياس عندي وبالله التوفيق أنه إذا أجل له أجلا يغرس فيه فانقضى الأجل أو أذن له ببناء في عرصة له سنين وانقضى الأجل أن الأرض والعرصة مردودتان لأنه لم يعره شيئا فعليه رد ما ليس له فيه حق على أهله ولا يجبر صاحب الأرض على شراء غراس ولا بناء إلا أن يشاء والله عز وجل يقول ! ٢ (٢) ٢ ! وهذا قد منع ماله إلا أن يشتري ما لا يرضى شراءه فأين **التراضي**

قال الشافعي رحمه الله

فإذا اكترى دارا سنة فغصبها رجل لم يكن عليه كراء لأنه لم يسلم له ما اكترى وإذا اكترى أرضا من أرض العشر أو الخراج فعليه فيما أخرجت الصدقة خاطب الله تعالى المؤمنين فقال ! ٢ (٣) ٢ ! وهذا مال مسلم وحصاد مسلم فالزكاة فيه واجبة ولو اختلفا في اكتراء دابة إلى موضع أو في كرائها أو في إجارة الأرض تحالفا فإن كان قبل الركوب والزرع تحالفا وترادا وإن كان بعد ذلك كان عليه كراء المثل ولو قال رب الأرض بكراء وقال المزارع عارية فالقول قول رب الأرض مع يمينه ويقلع الزارع زرعه وعلى الزارع كراء مثله إلى يوم قلع زرعه وسواء كان في إبان الزرع أو غيره قال

---

(١) الفقه المالكي، ص/٩٦

(٢) إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم

(٣) وآتوا حقه يوم حصاده

المزني رحمه الله هذا خلاف قوله في كتاب العارية في راكب الدابة يقول أعرتنيها ويقول بل أكريتكها إن القول قول الراكب مع يمينه وخلاف قوله في الغسال يقول صاحب الثوب بغير أجرة ويقول الغسال بأجرة أن القول قول صاحب الثوب وأولى بقوله الذي قطع به في كتاب المزارعة وقد بينته في كتاب العارية & إحياء الموات من كتاب وضعه بخطه لا أعلمه سمع منه &

قال الشافعي رحمه الله

بلاد المسلمين شيئان عامر وموات فالعامر لأهله وكل ما صلح به العامر من طريق وفناء ومسيل ماء وغيره فهو كالعامر في أن لا يملك على أهله إلا بإذنهم والموات شيئان موات ما قد كان عامرا لأهله معروفا في الإسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتا فذلك كالعامر لأهله لا يملك إلا بإذنهم والموات الثاني ما لا يملكه أحد في الإسلام يعرف ولا عمارة ملك في الجاهلية إذا لم يملك فذلك الموات الذي قال رسول الله من أحيا مواتا فهو له وعطيته صلى الله عليه وسلم عامة لمن أحيا الموات أثبت من عطية من بعده من سلطان وغيره سواء كان إلى جنب قرية عامرة أو نهر أو حيث كان وقد أقطع النبي الدور فقال حي من بني زهرة يقال لهم بنو عبد بن زهرة نكب عنا بن أم عبد فقال لهم رسول الله فلم ابتعثني الله إذن إن الله عز وجل لا يقدس أمة لا يؤخذ فيهم للضعيف حقه وفي ذلك دلالة على أن النبي أقطع بالمدينة بين ظهراني عمارة ال أ نصار من المنازل والنخل وإن ذلك لأهل العامر ودلالة على أن ما قارب العامر يكون منه موات والموات الذي للسلطان أن يقطعه من يعمره خاصة وأن يحمى منه ما يرى أن يحميه عاما لمنافع المسلمين والذي عرفنا نصا ودلالة فيما حمى رسول الله أنه حمى النقيع وهو بلد ليس بالواسع الذي إذا حمى ضاقت البلاد على أهل المواشي حوله وأضر بهم وكانوا يجدون فيما سواه من البلاد سعة لأنفسهم ومواشيهم وأنه قليل من كثير مجاوز للقدر وفيه صلاح لعامة المسلمين بأن تكون الخيل المعدة لسبيل الله تبارك وتعالى وما فضل من سهمان أهل الصدقات وما فضل من النعم التي تؤخذ من الجزية ترعى جميعها فيه فأما الخيل فقوة لجميع المسلمين ومسلك

". (١)

"جرى على الغالب والمراد القادم ولو كان واحدا أو ماشيا

ثم شرع في الصورة الثالثة فقال (والسوم على سوم غيره) لخبر لا يسوم الرجل على سوم أخيه وهو خبر بمعنى النهي والمعنى فيه الإيذاء وذكر الرجل والأخ ليس للتقييد بل الأول لأنه الغالب

والثاني للرأفة والعطف فغيرهما مثلهما في ذلك ولهذا قال المصنف والسوم على سوم غيره وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن) **بالتراضي** صريحا وقبل العقد كأن يقول شخص لمن يريد شراء شيء بكذا لا تأخذه وأنا أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو بأقل منه أو مثله بأقل أو يقول لمالكه لا تبعه وأنا أشتريه منك بأكثر فإن لم يصرح له المالك بالإجابة بأن

---

(١) مختصر المزني، ص/١٣٠

عرض بها أو سكت أو كانت الزيادة قبل استقرار الثمن أو كان إذ ذاك ينادي عليه بطلب الزيادة لم يحرم ذلك لكن يكره فيما إذا عرض له بالإجابة

ثم شرع في الصورة الرابعة فقال (والبيع على بيع غيره قبل لزومه) أي البيع بأن يكون في زمن خيار المجلس أو الشرط لتمكنه من الفسخ أما بعد لزومه فلا معنى له

نعم لو اطلع بعد اللزوم على عيب ولم يكن التأخير مضرا كأن كان في ليل فاتجه كما قال الإسنوي التحريم لما ذكر

(بأن) أولى منه كأن (يأمر المشتري بالفسخ ليبيعه مثله) أي المبيع بأقل من هذا الثمن أو خيرا منه بمثل ثمنه أو أقل

ثم شرع في الصورة الخامسة فقال (والشراء على الشراء) في زمن الخيار كما مر (بأن) أولى منه كأن (يأمر البائع بالفسخ ليشتريه) بأكثر من ثمنه وكلا الصورتين حرام ولو رأى المشتري في الأولى والبائع في الثانية مغبونا لعموم خبر الصحيحين لا يبع بعضكم على بيع بعض زاد النسائي حتى يبتاع أو يذر وفي معناه الشراء على الشراء والمعنى فيهما الإيذاء

وفي معنى البيع على البيع ما نص عليه الشافعي من نهي الرجل أن يبيع المشتري في مجلس العقد سلعة مثل التي اشتراها خشية أن يرد الأولى ومثل خيار المجلس في ذلك خيار الشرط

وألحق الماوردي بالشراء على الشراء طلب السلعة من المشتري بزيادة ربح والبائع حاضر لأدائه إلى الفسخ أو الندم

ثم محل التحريم عند عدم الإذن فلو أذن البائع في البيع على بيعه أو المشتري في الشراء على شرائه لم يحرم لأن الحق لهما وقد أسقطاه ولمفهوم الخبر السابق هذا كما قال الأذرعي إن كان الإذن مالكا فإن كان وليا أو وصيا أو وكيلا أو نحوه فلا عبرة بإذنه إن كان فيه ضرر على المالك

ولا يشترط للتحريم تحقق ما وعد به من البيع أو الشراء لوجود الإيذاء بكل تقدير خلافا لابن النقيب في اشتراطه تنبيه الأمر بالفسخ وقع في كتب الشيخين وغيرهما

قال السبكي وليس الأمر شرطا والذي في كلام الأكثرين أن يعرض عليه سلعة مثلها بأرخص أو أجود منها بمثل الثمن اه

وقد تقدم ما يدل على ذلك

ثم شرع في الصورة السادسة فقال (والنجش بأن يزيد في الثمن) للسلعة المعروضة للبيع (لا لرغبة) في شرائها (بل ليخدع غيره) فيشتريها للنهي عنه في خبر الصحيحين والمعنى فيه الإيذاء

(والأصح أنه لا خيار) للمشتري لتفريطه حيث لم يتأمل ولم يراجع أهل الخبرة والثاني له الخيار للتدليس كالتصرية

ومحل الخلاف عنده مواطأة البائع للناجش وإلا فلا خيار جزما

ويجري الوجهان فيما لو قال البائع أعطيت في هذه السلعة كذا فبان خلافه وكذا لو أخبره عارف بأن هذا عقيق أو فيروزج بمواطأة فاشتراه ثم بان خلافه

تنبيه قوله ليخدع غيره قد يوهم أنه لو زاد ليساوي قيمة السلعة أنه يجوز وجرى على ذلك بعض الشراح والمتجه التحريم لإيذاء المشتري ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض

ثم شرع في الصورة السابعة فقال (وبيع الرطب والعنب) ونحوهما كتمر وزبيب (لعاصر الخمر) والنبيذ أي لمتخذها لذلك بأن

." (١)

"اعتبار الموكل لا الوكيل اعتبارا باتحاد الدين والملك وعدمه فلو وكل اثنان واحدا في رهن عبدهما عند زيد بما له عليهما من الدين ثم قضى أحدهما دينه انفك نصيبه

خاتمة قال في الإحياء يحرم أخذ المال من السلطان إذا كان أكثر ما في بيت المال حراما كما هو الغالب

قال المصنف وهذا شاذ ليس مذهبا بل المذهب الكراهة اه

أي بل الممنوع أن يتحقق أن ما أخذه من الحرام كما مرت الإشارة إليه ومن ذلك مبايعة من في يده الحلال والحرام كالظلمة والمكاسين والمنجمين والذي يضرب بالنفير والحصى والرمل فكل ما يأخذه هؤلاء بهذا الفعل حرام

ولو نهب متاع مخصوص ووجد من ذلك شيئا يباع واحتمل أن يكون من المنهوب فالورع تركه

والورع لمن اشترى شيئا للأكل أو غيره أن يشتريه بثمن في ذمته فإنه يملكه قطعا بخلاف ما اشتراه بالعين فإنه لا يقطع بأنه ملكه

وقد يقال في الأول يحتمل أن لا يكون ملكا للبائع فلا يملكه المشتري إلا أن يتحقق ملك البائع له بنحو اصطياد

باب الخيار لما فرغ المصنف من صحة العقد وفساده شرع في لزومه وجوازه

والخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه

والأصل في البيع اللزوم لأن القصد منه نقل الملك وقضية الملك التصرف وكلاهما فرع اللزوم إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقا بالمتعاقدين

وهو نوعان خيار تشه وخيار نقيصة فخيار التشهي ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في المبيع وسببه المجلس أو الشرط

وخيار النقيصة سببه خلف لفظي أو تغرير فعلي أو قضاء عرفي فمنه خيار العيب والتصرية والحلف وتلقي الركبان ونحو ذلك

---

(١) مغني المحتاج، ٣٧/٢

وقد شرع في سبب الأول من النوع الأول فقال (يثبت خيار المجلس في أنواع البيع) لما روى الشيخان أنه صلى الله عليه وسلم قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر قال في المجموع وقوله أو يقول منصوب بأو تقديره إلا أن أو إلى أن ولو كان معطوفا لجزمه فقال أو يقل

وبين أنواع البيع بقوله (كالصرف) بيع (الطعام بطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة) لظاهر الخبر السابق لأن اسم البيع يشمل الكل

وخرج بصلح المعاوضة صلح الحطيطة فلا خيار فيه لأنه إن ورد على دين فإبراء أو على عين فهبة ولا خيار فيهما لكنه يتناول الصلح على المنفعة ولا خيار فيه على الأصح لأنه أجازه وقد ذكر بعد ذلك أنه لا خيار فيها

ويتناول الصلح عن دم العمد ولا خيار فيه كما قاله القاضي حسين قال الأذرعي ولم أر ما يخالفه

ويثبت أيضا في عقد تولى الأب طرفيه لأنه أقيم مقام شخصين في صحة العقد فكذا في الخيار

ولفظ الخبر ورد على الغالب

ويستثنى من قوله في أنواع البيع صور لا خيار فيها منها الحوالة فإنها وإن جعلت معاوضة ليست على قواعد المعاوضات وربما يقال إن كلام المصنف في بيع الأعيان فلا تستثنى هذه الصورة لأنها بيع دين بدين

ومنها شراء العبد نفسه لأن مقصوده العتق كالكتابة كما رجحه في الشرح الصغير والمجموع وهذا هو المعتمد وإن قال الزركشي هذا بالنسبة للعبد فقط لأنه من جهة السيد بيع ومن جهة العبد يشبه الفداء كما لو أقر بحريته ثم اشتراه يثبت الخيار للبائع دونه

ومنها قسمتا الإفراز والتعديل سواء أجرنا بإجبار أم بتراض إذا قلنا إنهما في حالة **التراضي** بيع لأنه لو امتنع منهما الشريك أجبر عليهما والإجبار ينافي الخيار وهذا هو المعتمد وإن قال الأذرعي الذي جزم به القاضي أبو الطيب وغيره ثبوت الخيار

أما قسمة الرد ففيها الخيار لأنه لا إجبار فيها

ويثبت الخيار في شراء الجمد ولو في شدة الحر بحيث ينماع بها

واستشكل ابن عبد السلام ثبوت الخيار في الصرف لأن المقصد به تروي العاقد في اختيار الأفضل له والمماثلة شرط هم الربوي فالأمران مستويان فإذا قطع بانتفاء العلة كيف يثبت الخيار وما قاله لا يتأتى في بيع الربوي بغير جنسه بل فيما بيع بجنسه ولعله مراده بدليل قوله والمماثلة شرط بل الخيار ليس محصورا فيما

". (١)

"يجب ليبادر بحسب الإمكان وعلى هذا عامة الأصحاب كما قاله المتولي لقدرته عليه

---

(١) مغني المحتاج، ٢/٤٣

(ويشترط) في الرد (ترك الاستعمال فلو استخدم العبد) ولو شيء خفيف كقوله اسقني ولو لم يسقه كما في بعض نسخ الروضة الصحيحة (أو ترك على الدابة سرجها أو إكافها) وإن كان ملكا للبائع أو ابتاعه معها كما جرى عليه ابن المقري في روضته ولم يحصل بالنزع ضرر أو ركبها (بطل حقه) من الرد لإشعار ذلك الرضى

وإنما جعل الترك انتفاعا لأنه لو لم يتركه على الدابة لاحتاج إلى حمله أو تحميله

وقيل لا يضر الاستعمال الخفيف كقوله اغلق الباب وعلى الأول لا يضر ترك اللجام والعذار لخفتهما فلا يعد تركهما ولا تعليقهما انتفاعا ولأن سوق الدابة يعسر بدونهما

فائدة العذار ما على خد الدابة من اللجام أو المقود والإكاف بكسر الهمزة أشهر من ضمها ويقال أيضا الوكاف بكسر الواو وهو ما تحت البرذعة وقيل نفسها وقيل ما فوقها

ولا يضر علفها وسقيها أو حلبها في الطريق إذا حلبها وهي سائرة فإن حلبها واقفة بطل حقه كما جزم به السبكي ونقله في البحر عن الأصحاب وإن قال الأذرعي فيه وقفة

تنبيه أفهم كلام المصنف أن الرقيق لو خدم المشتري وهو ساكت لم يؤثر لأن الاستخدام طلب العمل

وهو متجه كما قاله الإسنوي ففي زوائد الروضة أنه لو جاءه العبد بكوز فأخذ الكوز منه لم يضر لأن وضع الكوز في يده كوضعه على الأرض فإن شرب ورد الكوز إليه فهو استعمال وأن مجرد الطلب يؤثر وإن لم يوجد العمل وهو ظاهر لدلالة الطلب على الرضا سواء أعمل أم لم يعمل

(ويعذر في ركوب جموح) بفتح الجيم (يعسر سوقها وقودها) بسكون الواو للحاجة

فإن لم يعسر لم يعذر في الركوب

وإيغال الدابة في الطريق يسقط الرد إلا إن عجزت عن المشي للعذر

ولو لبس الثوب ثم علم عينه في الطريق لم يكلف نزعه لأنه غير معتاد بخلاف النزول عن الدابة لأن استدامة الركوب ركوب

ويتعين كما في المهمات تعيين عدم النزع في ذوي الهيئات لأن غالب المحترفة لا يمتنعون من ذلك ويأتي نحوه في النزول عن الدابة

(وإذا سقط رده بتقصير) منه (فلا أرش) له لأنه هو المفوت بتقصيره

(ولو حدث) بالمبيع (عنده) أي المشتري (عيب) بآفة أو غيرها لا بسبب وجد في يد البائع كما علم مما مر ثم اطلع على عيب قديم (سقط الرد قهرا) أي الرد القهري لأنه أخذه بعيب فلا يرده بعيبين والضرر لا يزال بالضرر ونسيان القرآن والحرفة بمثابة العيب لنقصان القيمة

ويستثنى من منع الرد بحدوث العيب عند المشتري ما لو لم يعلم بالعيب القديم إلا بعد زوال الحادث وما إذا كان العيب هو التزويج وقال الزوج قبل الدخول إن ردك المشتري بعيب فأنت طالق فله الرد لزوال المانع

(ثم إن رضي به) أي المبيع (البائع) معيبا (رده) عليه (المشتري) بلا أرش للحادث (أو قنع به) بلا أرش عن القديم لأن المانع من الرد وهو ضرر البائع قد زال برضاه به

(وإلا) بأن لم يرض البائع به معيبا (فليضم المشتري أرش الحادث إلى المبيع ويرد أو يغرم البائع أرش القديم ولا يرد) المشتري لأن كلا من ذلك فيه جمع بين المصلحتين ورعاية للجانبين

(فإن اتفقا على أحدهما) في غير الربوي المبيع بجنسه (فذاك) ظاهر لأن الحق لهما أما الربوي المذكور فيتعين فيه الفسخ مع أرش الحادث لما مر فيه من الكلام على هلاك المبيع عند المشتري

فإن قيل قد مر أن أخذ أرش القديم بالتراضي ممتنع

أجيب بأنه عند إمكان الرد يتخيل أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وهي لا تقابل بخلافه عند عدم إمكانه

فإن المقابلة كون عما فات من وصف السلامة في المبيع

ولو زال العيب الحادث بعد أخذ المشتري أرش العيب القديم أو بعد قضاء القاضي له به ولم يأخذه فليس له الفسخ رد الأرش

". (١)

"لانفصال الأمر بذلك فإن زال قبل أخذه له أو قبل قضاء القاضي به للمشتري فسخ ولو بعد التراضي على أخذ الأرش وإن زال العيب القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذه أو بعده وجب رده لزوال المقتضى لأخذه

(وإلا) أي وإن بقي العيبان وتنازعا بأن طلب أحدهما الرد مع أرش الحادث والآخر الإمساك مع أرش القديم (فالأصح إجابة من طلب الإمساك) مع أرش القديم سواء أكان هو البائع أم المشتري لما فيه من تقرير العقد

والثاني يجاب المشتري مطلقا لتلبيس البائع عليه

والثالث يجاب البائع مطلقا لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه بخلاف المشتري

هذا كله فيمن يتصرف لنفسه أما من يتصرف لغيره بولاية أو نيابة فإنه يفعل الأحظ له

فرع لو اشترى ثوبا ثم صبغه ثم اطلع على عيبه فطلب المشتري أرش العيب وقال البائع رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ أجيب البائع وسقط مع أرش العيب عن المشتري

فإن قيل هلا أجيب من طلب الإمساك كما في حدوث العيب أجيب بأن المشتري هنا إذا أخذ الثمن وقيمة الصبغ لم يغرم شيئا وهناك لو ألزمناه الرد وأرش الحادث غرمناه لا في مقابلة شيء فنظير مسألتنا هذه إن يطلب البائع رده بلا أرش الحادث فإنه لا يجاب المشتري وعلى هذا تستثنى هذه الصورة من كلام المصنف

فإن قيل كلامه في العيب الحادث عند المشتري والصبغ في هذه الصورة زيادة في المبيع لا عيب

أجيب بأن القفال قد صرح بأن الصبغ وإن زادت قيمته من العيوب كما نقله الأذرعي

هذا كله إذا لم يمكن فصل الصبغ بغير نقص في الثوب فإن أمكن فصله بغير ذلك فصله ورد الثوب كما اقتضاه تعليلهم وصرح به الخوارزمي وغيره

---

(١) مغني المحتاج، ٢/٥٨

(ويجب أن يعلم المشتري البائع على الفور بالحادث) مع القديم (ليختار) شيئا مما مر من أخذ المبيع وتركه وإعطاء الأرش

(فإن أخر إعلامه) بذلك من فور الإطلاع على القديم (بلا عذر فلا رد) له به (ولا أرش) عنه كما لو أخر المشتري الرد فلو أخر وادعى الجهل بفورية الإعلام بالحادث فهو كما لو ادعى الجهل بفورية الرد بل هذا كما قال الأذرعي أولى لأنه لا يعرفه إلا الفقهاء

تنبيه لو كان الحادث قريب الزوال غالبا كرمد وحمى عذر في انتظار زواله في أحد قولين يظهر ترجيحه كما جزم به في الأنوار ليرد المبيع سالما وإن كان قد يؤخذ من كلام الشرح الصغير ترجيح ما يفهمه إطلاق المتن من المنع

ولو حدث عيب مثل القديم كبياض قديم وحادث في عينه ثم زال أحدهما وأشكل الحال واختلف فيه العاقدان

فقال البائع الزائل القديم فلا رد ولا أرش وقال المشتري بل الحادث في الرد وحلف كل منهما على ما قاله سقط الرد بحلف البائع ووجب للمشتري الأرش بحلفه وإنما وجب له مع أنه إنما يدعي الرد لتعذر الرد فإن اختلفا في قدره وجب الأقل لأنه المتيقن ومن نكل منهما عن اليمين قضي عليه كما في نظائره

قاعدة كل ما يثبت به الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري وما لا يثبت به الرد عليه لم يمنع الرد إذا حدث عندالمشتري فتحريم الأمة الثيب بوطئها على البائع لكون المشتري إبنه أو أباه لا يمنع الرد كما لا يثبته وكذا لا يمنعه إرضاع بحرم الصغير على البائع كأن ارتضعت من أمه أو إبنته في يد المشتري ثم علم الغيب إلا في مسائل قليلة يمتنع فيها الرد وإن كانت لا يثبت فيها الرد منها الثيوبة في الأمة في أوانها فإنه لا يرد بها مع أنه لو اشتراها بكرا فوطئها امتنع الرد

ومنها وجود العبد غير قاريء أو عارف لصنعة فإنه لا يرد به مع أنه لو اشتراه قارئا أو عارفا لصنعة فنسي القرآن أو الصنعة امتنع الرد وإقرار العبد بدين معاملة لم يمنع الرد ويمنعه الرد بدين الإتلاف إن صدقه المشتري فيه وإلا فلا

وعفو المجني عليه عند التصديق كزوال العيب الحادث فيأتي فيه ما مر

(ولو حدث عيب لا يعرف القديم إلا به ككسر بيض) لنعام وقد يعرف باللقلقة

(و) ثقب (رانج) وهو بكسر النون الجوز الهندي

(وتقوير بطيخ) بكسر

". (١)

"وجوب الأجرة للحيلولة إنما محله عند قيام العين ولم يصرحوا بوجوب إعادة الجدار على مالكه وينبغي أن يقال إن هدمه مالكه ابتداء عدوانا فعليه إعادته وإن هدمه أجنبي أو مالكه وقد استهدم لم تجب لكن يثبت للمشتري الفسخ إن كان ذلك قبل التخلي اه

---

(١) مغني المحتاج، ٥٩/٢

والمعتمد أنه لا يجب على المالك إعادته مطلقا كما هو ظاهر كلام الأصحاب

ويغرم الأجنبي للمالك أرش الجدار مسلوبا منفعة رأسه وإذا أعاده المالك استرد من المشتري ما أخذه في نظيرها

(وسواء كان الإذن) في وضع البناء على غير أرض (بعوض أو بغيره يشترط بيان قدر الموضع المبني عليه طولا وعرضا) وبيان محله (وسمك الجدران) بفتح السين (وكيفيتها) أي الجدران أهي مجوفة أو منضدة وهي ما التصق بعضها إلى بعض من حجر أو غيره (وكيفية السقف المحمول عليها) أهو من أزج وهو العقد المسمى بالقبو أو خشب أو غير ذلك لأن الغرض يختلف بذلك

ولا يشترط التعرض لوزن الآلة في الأصح وتغني مشاهدة الآلة عن كل وصف

فائدة ارتفاع الجدار من الأرض سمك بفتح السين والمنزول منه إليها عمق بضم العين المهملة لا طول وعرض له بل طوله امتداده من زاوية البيت مثلا إلى زاويته الأخرى وعرضه هو البعد النافذ من أحد وجهيه إلى الآخر

وقد تقدم أن الأولى للمصنف أن يزيد همزة قبل كان ويأتي ب أم عوضا عن أو وقد وقع للمصنف مثل هذا في مواضع كثيرة

(ولو أذن في البناء على أرضه كفى بيان قدر محل البناء) لأن الأرض تحمل كل شيء فلا يختلف الغرض إلا بقدر مكان البناء

وينبغي كما قال الأذرعي بيان قدر حفر الأساس طولا وعرضا وعمقا لاختلاف الغرض به فإن المالك قد يحفر سردابا أو غيره تحت البناء لينتفع بأرض ويمنع من ذلك مزاحمة تعميق الأساس

(وأما الجدار المشترك) بين اثنين مثلا (فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن) من الآخر (في الجديد) والقديم له ذلك كالقديم في الجار وقد سبق توجيههما وهو هنا أولى

(وليس له) أي أحدهما (أن يتد فيه وتدا) بكسر التاء فيهما وفتحها في الثاني

(أو يفتح) فيه (كوة) أو يترب كتابه منه أو نحو ذلك مما يضايق فيه عادة

(إلا بإذنه) أو علمه برضاه كغيره من المشتركات

وأفهم جواز الفتح وغيره بالإذن لكن يشترط في الفتح أن لا يكون بعوض وإلا كان صلحا على الضوء والهواء المجرد

قال ابن الرفعة وإذا فتح بالإذن فليس له السد إلا بالإذن أيضا لأنه تصرف في ملك الغير

(وله أن يستند إليه) (و) أن (يسند) إليه (متاعا) بقيد زاده بقوله (لا يضر وله) ولغيره (ذلك في جدار الأجنبي) لأنه لا ضرر على المالك فلا يتضايق فيه بل له ذلك ولو منعه المالك لأن منعه عناد محض بل ادعى الإمام في المحصول الإجماع فيه

فإن قيل قضية كلامهم في باب العارية أنه لا يجوز الاستناد إلى جدار الغير بغير إذنه

أجيب بأن ذلك محمول على استناد يضر

وللشريكين قسمة الجدار عرضا في كمال الطول وهذه صورته وطولا في كمال العرض وهذه صورته لكن **بالتراضي** لا بالجبر فلو طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لاقتضاء الإجبار القرعة وهي ممتنعة هنا لأنها ربما أخرجت لكل منهما ما يضر الآخر في انتفاعه بملكه

وكيف يقسم الجدار هل يشق بالمنشار أو يعلم بعلامة كخط فيه وجهان الظاهر كما قال شيخنا جواز كل منهما ولا نظر في الأول أن شق الجدار إتلاف له وتضييع لأنهما يباشران القسمة لأنفسهما فهو كما لو هدماه واقتسما النقض ويجبر على قسمة عرصة الجدار ولو كان عرضا في كمال الطول ليختص كل منهما بما يليه فلا يقتسمانها بالقرعة لئلا يخرج بها لكل منهما ما يلي الآخر بخلاف ما إذا اقتسماها طولا في كمال العرض

وفارق ما ذكر في عرصة الجدار ما مر فيه بأنها مستوية وتتيسر قسمتها غالبا بخلافه وسيأتي إيضاح ذلك إن شاء الله تعالى في باب

". (١)

"القسمة

(وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد) ولو بهدم الشريكين للمشترك لاستهدام أو لغيره كما لا يجبره على زراعة الأرض المشتركة ولأن الممتنع يتضرر أيضا بتكليفه العمارة والضرر لا يزال بالضرر

نعم يجبر في الأرض على إجارتها على الصحيح وبها يندفع الضرر القديم ونص عليه في البويطي الإجبار صيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل وأفتى بهذا ابن الصلاح واختاره الغزالي وصححه جماعة

وقيل إن القاضي يلاحظ أحوال المتخاصمين فإن ظهر له أن الامتناع لغرض صحيح أو شك في أمره لم يجبره وإن علم أنه عناد أجبره

قال في الروضة ويجري ذلك في النهر والقناة والبئر المشتركة واتخاذ سترة بين سطحيهما وإصلاح دولاب بينهما تشعث إذا امتنع أحدهما من التنقية أو العمارة

ولو هدم الجدار المشترك أحد الشريكين بغير إذن الآخر لزمه أرش النقص لا إعادة البناء لأن الجدار ليس مثليا وعليه نص الشافعي في البويطي وإن نص في غيره على لزوم الإعادة

ولا يجبر أحد الشريكين على سقي النابت من شجر وغيره كما صرح به القاضي وغيره خلافا للجوزي ولا إعادة السفل لينتفع به صاحب العلو فلو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر وانهدمت فليس للأول إجبار الثاني على إعادة السفل ولا للثاني إجبار الأول على معاونته في إعادته

والسفل والعلو بضم أولها وكسره

(فإن أراد) الشريك (إعادة منهدم بآلة لنفسه لم يمنع) ليصل إلى حقه بذلك

---

(١) مغني المحتاج، ١٨٩/٢

واعترض القاضي أبو الطيب و ابن الصباغ بذلك فقالا أساس الجدار مشترك فكيف جوزتم بناءه بآلة نفسه وأن ينتفع به بغير إذن شريكه وقال السبكي العرصة مشتركة ولا حق لأحدهما على الآخر في الاستبداد بها ولا سيما وهو يمكنه المقاسمة فإن الصحيح جواز المقاسمة في ذلك **بالتراضي** عرضا في كمال الطول وبها يندفع الضرر اه

وصور صاحب التعليقة على الحاوي المسألة بما إذا كان الأس للباني وحده وجرى عليه البارزي وصاحب الأنوار والمنقول ما في المتن

وأجيب عما ذكر بأن له حقا في الحمل فكان له إعادة الجدار لأجله

وقضيته أنه إذا لم يكن عليه بناء ولا جذوع لا يكون له إعادته مع أن ظاهر كلامهم الإطلاق وهو المعتمد وإن كان مشكلا

(ويكون المعاد ملكه يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء) لأنه بآلته ولا حق لغيره فيه

نعم لو كان لشريكه عليه جذع خير الباني بين تمكين الشريك من إعادته ونقض بناءه ليبني معه الآخر ويعيد جزعه

(ولو قال الآخر لا تنقضه وأغرم لك حصتي) أي قمية ما يخصني (لم يلزمه إجابته) على الجديد كابتداء العمارة

أما على القديم وهو لزوم العمارة فعليه إجابته

ولو عمر البئر أو النهر لم يمنع شريكه من الانتفاع بالماء لسقي الزرع وغيره وله منعه من الانتفاع بالدولاب والآلات التي أحدثها

(وإن أراد إعادته بنقضه المشترك فللآخر منعه) كسائر الأعيان المشتركة

وأفهم كلام المصنف جواز الإقدام عليه عند عدم المنع وقال في المطلب إنه مفهوم كلامهم بلا شك

والنقض بكسر النون وضمها وجمعه أنقاض قاله في الدقائق

(ولو تعاونا على إعادته) بأنفسهما أو بغيرهما (بنقضه عاد مشتركا كما كان) قبل إعادته فلو شرطا زيادة لأحدهما لم يصح على الصحيح لأنه شرط عوض من غير معوض

(ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر زيادة جاز وكانت في مقابلة عمله في نصيب الآخر) وقد صور الرافعي ذلك بصورتين إحداهما وهي الأقرب إلى عبارة المصنف أن يعيد ذلك بالنقض المشترك فيصير له الثلثان ويكون السدس في مقابلة عمله ومحله إذا جعل له الزيادة من النقض والعرصة في الحال فإن شرطه بعد البناء لم يصح لأن الأعيان لا تؤجل

الصورة الثانية أن تكون الإعادة بآلته فإذا شرط له الآخر السدس كما مر فقد قابل ثلث الآلة المملوكة له وعمله بسدس العرصة المبني عليها ولا بد من العلم بالآلات وبصفات الجدران كما قاله الرافعي

." (١)

"ويقاس بذلك ما في معناه

(وإذا أعار للبناء أو الغراس ولم يذكر مدة) بأن أطلق (ثم رجع) بعد أن بنى المستعير أو غرس (إن كان) المعير (شرط) عليه (القلع) فقط أو شرطه (مجانا) أي بلا أرش لنقصه (لزمه) قلعه عملا بالشرط فإن امتنع فللمعير القلع

ويلزم المستعير تسوية الحفر إن شرطت وإلا فلا

تنبيه قوله مجانا كذا هو في الروضة وكتب الرافعي قال السبكي و الإسنوي والصواب حذفه كما فعله جمهور الأصحاب فإنه يقتضي لولا الذي قدرته فيه أنه لا يؤمر بالقلع مجانا إلا عند التنصيص عليه وليس مرادا فإنه خلاف ما نص عليه في الأم والمختصر

ولعل المصنف احترز به عما لو شرط القلع وغرامة الأرش فإنه يلزمه ولو اختلف المعير والمستعير هل شرط القلع بأرش أو لا فقال الأذرعي الظاهر تصديق المعير كما لو اختلفا في أصل العارية لأن من كان القول قوله في شيء كان القول قوله في صفته

(وإلا) أي وإن لم يشرط عليه القلع (فإن اختار المستعير القلع قلع) بلا أرش لأنه ملكه وقد رضي بنقصانه (ولا يلزمه تسوية الأرض في الأصح) في المحرر لأن الإعارة مع العلم بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع

(قلت الأصح تلزمه) التسوية (والله أعلم) لأنه قلع باختياره

ولو امتنع منه لم يجبر عليه فيلزمه إذا قلع رد الأرض إلى ما كانت عليه ليرد كما أخذ وهذا هو الأظهر في الشرحين وقال في الروضة إنه قول الجمهور وإن ما في المحرر ضعيف وقال السبكي إن كان الكلام في حفر حصلت في مدة العارية لأجل الغرس والبناء فالأمر كما في المحرر وإن كان في حفر حصلت من القلع زائدة على ما حصل قبل ذلك فالراجح وجوب التسوية ثم قال فتلخص للفتوى الفرق بين الحفر لأجل الغراس والبناء وبين الحفر للقلع وهذا الحمل متعين

تنبيه محل الخلاف كما قاله ابن الملقن إذا كانت الحفر الحاصلة في الأرض على قدر الحاجة فإن كانت زائدة على حاجة القلع لزمه طم الزائد قطعا

(وإن لم يختر) أي المستعير القلع (لم يقلع) أي المعير (مجانا) لأنه وضع بحق فهو محترم (بل للمعير الخيار بين أن يبقيه بأجرة) أي أجرة مثله (أو يقلع ويضمن أرش النقص) وهو قدر التفاوت ما بين قيمته قائما ومقلوعا كما في الكفاية

(قيل أو يتملكه) أي بعقد ولا يلحق بالشفيع كما يؤخذ في كلام الرافعي

(بقيمته) أي مستحق القلع حين التملك كما قاله العمراني فإن قيمته تنقص على هذا التقدير

---

(١) مغني المحتاج، ٢/١٩٠

ووجه مقابله إن ذلك بيع فلا بد فيه من التراضي

وتخييره بين الثلاث هو المعتمد وفاقا للإمام و الغزالي وصاحب الحاوي الصغير والأنوار وغيرهم ومقتضى كلام الروضة وأصلها في الصلح خلافا لما فيها هنا من تخصيص التخيير بالأول والثالث

وأما وقع في الكتاب تبعا لأصله من التخيير بين التبقية بالأجرة وبين القلع مع غرامة الأرش دون التملك بالقيمة لم يذكراه في الشرحين والروضة وجها فضلا عن تصحيحه بل لم يذكره غيرهما إلا ما يوهمه كلام التنبيه بل قال الزركشي تبعا للبلقيني ليس في المسألة خلاف كما زعمه الشيخان بل الكل متفقون على التخيير بين الثلاث ونسبه الإمام إلى كافة الأصحاب

تنبيه محل التخيير بين الثلاث إذا كان في الأرض نقص وكان المعير غير شريك ولم يكن على الغراس ثمر لم يبد صلاحه وإلا فيتعين القلع في الأول والتبقية بأجرة المثل في الثاني وتأخير التخيير إلى بعد الجداد كمال الزرع في الثالث لأن له أمدا ينتظر وإذا لم يرض الشريك في الثاني بالأجرة أعرض الحاكم عنهما

ومحله أيضا إذا لم يوقف البناء والغراس وإلا قال ابن الرفعة وغيره فيتعين تبقيتهما بالأجرة و الزركشي يتخير بين ذلك وبين قلعهما بالأرش وهذا أوجه

ومحله أيضا إذا لم يوقف الأرض وإلا فيتخير بين الثلاث لكن لا يقلع بالأرش إلا إذا كان أصلح للوقف من التبقية بالأجرة ولا يتملك بالقيمة إذا كان في شرط الواقف جواز تحصيل مثل ذلك البناء والغراس من ريعه وبذلك

". (١)

"تقابل المؤجر والمستأجر الأول صحت الإقالة كما قاله السبكي ولم تنفسخ الثانية كما قاله بعض المتأخرين وهو ظاهر ويخالف نظيره في البيع بانقطاع علقته بخلاف الإجارة

ولو أجره حانوتا أو نحوه مما يستمر الانتفاع به عادة أيام شهر لا لياليه أو عكسه لم يصح لأن زمان الانتفاع لم يتصل بعضه ببعض بخلاف العبد والدابة فيصح لأنهما عند الإطلاق للإجارة يرفهان في الليل أو غيره على العادة لأنهما لا يطيقان العمل دائما

ثم أشار إلى المسألة الثانية بما تضمنه قوله (ويجوز كراء العقب في الأصح) المنصوص جمع عقبة بضم العين وهي النوبة لأن كلا منهما يعقب صاحبه ويركب موضعه

(وهو) أي كراء العقب (أن يؤجر دابة رجلا) مثلا (ليركبها بعض الطريق) يعني كنصفه أو ربعه أو نحو ذلك والمؤجر البعض الآخر تناوبا مع عدم شرط البداءة بالمؤجر سواء أشرطاها للمستأجر أم أطلقا أو قالا ليركب أحدنا وسواء وردت الإجارة على العين أم الذمة لثبوت الاستحقاق حالا والتأخير الواقع من ضرورة القسمة

أما إذا اشترطا أن يركبها المؤجر أولا فإن العقد باطل في إجارة العين لتأخير حق المكتري وتعلق الإجارة بالمستقبل

---

(١) مغني المحتاج، ٢/٢٧١

(أو) يؤجرها (رجلين) مثلا (ليركب هذا أياما) معلومة (وذا أياما) كذلك تناوبا (ويبين البعضين) في الصورتين إن لم يكن عادة فإن كان هناك عادة مضبوطة بزمان أو مسافة اتبعت

(ثم يقتسمان) أي المكتري والمتكري في الأولى والمكتريان في الثانية الركوب **بالتراضي** على الوجه المبين أو المعتاد فإن تنازعا في الإبتداء أقرع

ومقابل الأصح أوجه أصحها المنع في الصورتين لأنها إجارة أزمان منقطعة

والثاني تصح في الصورة الثانية لاتصال زمن الإجارة فيها دون الأولى

والثالث تصح فيهما إن كانت في الذمة ولا تصح إن كانت معينة

واعلم أن قضية قوله أياما بصيغة الجمع جواز كون النوبة ثلاثة أيام فأكثر وهذا قد يخالفه قول الروضة وأصلها ليس لأحدهما طلب الركوب ثلاثا والمشي ثلاثا للمشقة قال السبكي والحق أنه يجوز أن يشارطا عليه إلا أن يكون فيه ضرر على البهيمة وكلام الروضة محمول على أنه بعد استقرار الأمر على يوم ونحوه ليس له طلب ثلاث قال الولي العراقي كلام الروضة محمول على ما إذا كانت العادة يوما اه

فإن اتفقا على ذلك ولم يحصل ضرر للماشي ولا للدابة جاز كما نقله في الثانية في البيان وبحثه بعضهم في الأولى

والزمان المحسوس في المناوبة زمن السير دون النزول كما قاله المتولي حتى لو نزل أحدهما للاستراحة أو لعلف الدابة لم يحسب زمن النزول لأن نفس الزمان غير مقصود وإنما المقصود قطع المسافة

ولو استأجر اثنان دابة لا تحملهما حمل الاستئجار على التعاقب وأن كانت تحملهما ركباها جميعا

ولو استأجر دابة ليركبها بعض الطريق متواليا صح قطعا أو أطلق أو استأجر نصفها إلى موضع كذا صحت الإجارة مشاعة كبيع المشاع ويقتسمان الزمان أو المسافة فإن تنازعا في البداءة أقرع بينهما كما مر

تنبيه يضاف إلى ما استثناه المصنف من المسألتين السابقتين مسائل الأولى ما لو أجر الشخص نفسه ليحج عن غيره إجارة عين قبل وقت الحج فإنه يصح إن لم يتأت تأديته من بلد العقد إلا بالسير قبله وكان بحيث يتهيأ للخروج عقبه

الثانية أنه يصح استئجار دار مثلا ببلد آخر وإن كان التسليم لا يتأتى إلا بقطع المسافة

الثالثة أنه يصح استئجار دار مشحونة بأمتعة يمكن نقلها في زمن يسير لا يقابل بأجرة

الرابعة ما سبق من صحة استئجار أرض للزراعة وعليها الماء قبل انحساره

فرع استئجار ما لا منفعة فيه في الحال كجحش صغير فاسد لأن الإجارة موضوعة على تعجيل المنافع بخلاف المساقاة على ما لا يثمر في تلك السنة ويثمر بعدها لأن تأخير الثمار يحتمل في كل مساقاة

ثم شرع في الشرط الثالث مترجما له بفصل فقال فصل (يشترط) في إجارة عين أو ذمة فيما له منافع كدار (كون المنفعة) في كل منهما (معلومة) عينا صفة وقدرا ولم يقل وكون المنفعة معلومة كما قال سابقا وكون المؤجر قادرا على تسليمها لكثرة أبحاث هذا الشرط فلا يصح

." (١)

"العمري ويسمى معاشا والأملاك المتخلفة عن السلاطين الماضية بالموت والقتل ليست بملك للإمام القائم بل لورثتهم إن تبينوا وإلا فكالأموال الضائعة

ولا يجوز إقطاع أراضي الفيء تمليكا ولا إقطاع الأراضي التي اصطفاها الأئمة لبيت المال من فتوح البلاد إما بحق الخمس وإما باستطابة نفوس الغانمين ولا إقطاع أراضي الخراج صلحا

وفي إقطاع أراضي من مات من المسلمين ولا وارث له وجهان والظاهر منهما المنع

ويجوز إقطاع الكل معاشا

الثاني أن يقطع غلة أراضي الخراج

قال الأذرعي ولا أحسب في جواز الإقطاع للاستغلال خلافا إذا وقع في محله لمن هو من أهل النجدة قدرا يليق بالحال من غير مجازفة اه

أي فيملكها المقطع له بالقبض ويختص بها من قبله

فإن أقطعها من أهل الصدقات بطل وكذا من أهل المصالح وإن جاز أن يعطوا من مال الخراج شيئا لكن بشرطين أن يكون بمال مقدر قد وجب بسبب استباحته كالتأذين والإمامة وغيرهما وأن يكون قد حل المال ووجب لتصح الحوالة به

ويخرج بهذين الشرطين عن حكم الإقطاع

وإن أقطعها من القضاة ومن كتاب الدواوين جاز سنة واحدة وهل تجوز الزيادة عليها وجهان أصحهما المنع إن كان جزية والجواز إن كان أجرة

ويجوز إقطاع الجندي من أرض عامرة للاستغلال بحيث تكون منافعها له ما لم ينزعها الإمام وقضية قول المصنف في فتاويه إنه يجوز له إجارتها أنه يملك منفعتها

قال بعض المتأخرين وما يحصل للجندي من الفلاح من مغل وغيره فحلال بطريقه وما يعتاد أخذه من رسوم ومظالم فحرام

---

(١) مغني المحتاج، ٣٣٩/٢

والمقاسمة مع الفلاح حيث البذر منه منعها الشافعي رضي الله تعالى عنه وغيره وحينئذ فالواجب على الفلاح أجرة الأرض وإذا وقع **التراضي** على أخذ المقاسمة عوضا من أجرة الأرض وإن كان ذلك جائزا فحق على الجندي المتورع أن يرضي الفلاح في ذلك ولا يأخذ منه إلا ما يقابل أجرة الأرض

وإن كان البذر من الجندي فجميع المغل له وللفلاح أجرة مثل ما عمل فإن رضي الفلاح عن أجرته بالمقاسمة جاز

(ولا يقطع) الإمام (إلا) شخصا (قادرا على الإحياء و) يكون ما يقطعه له (قدرا يقدر عليه) لو أراد إحياءه لأنه منوط بالمصلحة

تنبيه المراد بالقدرة ما يعم الحسية والشرعية فلا يقطع الذمي في دار الإسلام (وكذا التحجر) فلا يتحجر الشخص إلا أن يقدر على الإحياء وقدرا يقدر على إحيائه فإن زاد فالأقوى في الروضة أن لغيره إحياء الزائد كما مرت الإشارة إليه

(والأظهر أن للإمام) أو نائبه (أن يحمي) بفتح أوله ويجوز ضمه أي يمنع عامة المسلمين (بقعة موات لرعي نعم جزية) وهو ما يؤخذ بدلا عن النقد المأخوذ في الجزية وفيما إذا قال قوم نؤدي الجزية باسم الصدقة

(و) لرعي نعم (صدقة) تطوع (و) لرعي نعم (ضالة) وتستعمل الضالة في غير النعم أيضا

(و) لرعي نعم شخص (ضعيف عن النجعة) بضم النون وهي الإبعاد في طلب المرعى بأن يمنع الناس من رعيها بحيث لا يضرهم بأن يكون قليلا من كثير بحيث تكفي بقيته الناس لأنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع بالنون وقيل بالباء لخيل المسلمين رواه الإمام أحمد وابن حبان في صحيحه

والثاني المنع لخبر لا حمى إلا لله ولرسوله رواه البخاري

تنبيه أهمل المصنف خيل المجاهدين وهي أحق من غيرها إذ الحمى الوارد في الحديث كان لها

قال الأذرعي ويشبه أن يلحق بها الظهر الذي يحتاجون إليه في الغزو

وكان الأحسن للمصنف تقديم ضالة أو تأخيرها حتى لا ينقطع النظير عن النظير

ويحرم على الإمام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضا عن الرعي في الحمى أو الموات بلا خلاف وكذا يحرم عليه أن يحمي الماء العد أي العذب لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرهما

(و) الأظهر (أن له) أي الإمام (نقض) أي رفع (ما حماه) وكذا ما حماه غيره من الأئمة إن ظهرت المصلحة في نقضه وإن أوهمت عبارته اختصاص النقد بالحامي فإنه قول مرجوح

وقوله (للحاجة) إليه أي عندها كما في المحرر بأن ظهرت المصلحة فيه بعد ظهورها في الحمى

و للحاجة متعلق ب نقض لا ب ما حماه وليس هذا من نقض الاجتهاد بالاجتهاد

الثاني المنع لتعينه تلك الجهة كما لو عين بقعة لمسجد أو مقبرة

وعلى الأول لو

". (١)

"إذا أسلما أجيب بأن ما في نكاح المشرك في الحربيين وما هنا في الذميين كما صرح به في التصوير المذكور لالتزام الذمي أحكام الإسلام بخلاف الحربي

(ويعتبر) مهر المثل في المفوضة (بحال العقد في الأصح) لأنه المقتضي للوجوب بالوطء

والثاني بحال الوطء لأنه وقت الوجوب

والأول رجحه في المحرر والشرح الصغير ونقله الرافعي في سراية العتق عن اعتبار الأكثرين لكن الذي صححه في أصل الروضة ونقله الرافعي عن المعتبرين وجرى عليه ابن المقري وهو المعتمد أن المعتبر أكثر مهر مثل من العقد إلى الوطء لأن البضع دخل بالعقد في ضمانه واقترن به الإتلاف فوجب الأكثر كالمقبوض بشراء فاسد

فإن قيل في كلام الرافعي تناقض في النقل

أجيب بأن المعتبرين هنا غير الأكثرين هناك

(ولها) على الأظهر السابق (قبل الوطء مطالبة الزوج بأن يفرض) لها (مهرا) لتكون على بصيرة من تسليم نفسها

واستشكل ذلك الإمام بأنا إذا قلنا يجب المثل بالعقد فما معنى التفويض وإن قلنا لا يجب بالعقد شيء فكيف تطلب ما لا يجب لها ومن طمع أن يلحق ما وضع على الإشكال بما هو بين طلب مستحيلا والمطلع على الحقائق هو الله تعالى اه

وأجيب بأن الصحيح أنها ملكت أن تطالب بمهر المثل كما مرت الإشارة إليه (و) لها أيضا (حبس نفسها) عن الزوج (ليفرض) لها مهرا لما مر (وكذا) لها حبس نفسها (لتسليم المفروض) الحال (في الأصح) كالمسمى في العقد

والثاني لا لأنها سامحت بالمهر فكيف تضايق بتقديمه أما المؤجل فليس لها حبس نفسها له كالمسمى في العقد

(ويشترط رضاها بما يفرضه الزوج) لأن الحق لها فإن لم ترض به فكأنه لم يفرض وهذا كما قال الأذرعي إذا فرض دون مهر المثل أما إذا فرض لها مهر مثلها حالا من نقد البلد وبذله لها وصدقته على أنه مهر مثلها فلا يعتبر رضاها لأنه عبث وتعنت

ويحمل كلام الأصحاب في مواضع على غير ذلك حتى لو طلقها قبل الدخول استحقت شطره

و (لا) يشترط (علمهما) أي الزوجان حيث تراضيا على مهر (بقدر مهر المثل في الأظهر) لأنه ليس بدلا عنه بل الواجب أحدهما

---

(١) مغني المحتاج، ٣٦٨/٢

والثاني يشترط علمهما بقدره بناء على أنه الواجب ابتداء وما يفرض بدل عنه

تنبيه محل الخلاف فيما قبل الدخول أما بعده فلا يصح تقديره إلا بعد علمهما بقدره قولا واحدا لأنه قيمة مستهلك قاله الماوردي

(ويجوز فرض مؤجل) **بالتراضي** (في الأصح) كما يجوز تأجيل المسمى ابتداء والثاني لا بناء على وجوب مهر المثل ابتداء ولا مدخل للتأجيل فيه فكذا بدله

(و) يجوز **بالتراضي** فرض مهر (فوق مهر مثل) سواء أكان من جنسه أم لا لأنه ليس ببدل

(وقيل لا) يجوز (إن كان من جنسه) أي المهر بناء على أنه بدل عنه فإن كان من غير جنسه كعرض تزيد قيمته على مهر المثل فيجوز قطعا لأن القيمة ترتفع وتنخفض فلا تتحقق الزيادة

تنبيه قد يفهم تعبيره بفوق أنه لا يجوز النقص عن مهر المثل وليس مرادا بل يجوز بلا خلاف كما قاله الإمام

(ولو امتنع) الزوج (من الفرض) لها (أو تنازعا فيه) أي قدر المفروض أي كم يفرض (فرض القاضي) لأن منصبه فصل الخصومات (نقد البلد حالا) كما في قيم المتلفات لا مؤجلا ولا بغير نقد البلد وإن رضيت بذلك لأن منصبه الإلزام بمال حال من نقد البلد ولها إذا فرضه حالا تأخير قبضه لأن الحق لها

ولو جرت عادة نسائها أن ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل وبعضه حال لم يؤجله الحاكم بل يفرض حالا وينقص للتأجيل بقدر ما يليق بالأجل

وعن الصيمري لو جرت عادة في ناحية بفرض الثياب وغيرها فرض لها ذلك اه

وقياس ما مر أنه يفرض

---

(١) ".

"اتفقا على رد نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد فذاك قاله الإمام وعليه إبقاؤه بلا أجرة لأنها زرعت ملكها الخالص

وإن لم يتفقا رجع بنصف قيمة الأرض بلا زراعة

(وحرثها) إذا كانت معدة للزراعة كما صرح به في المحرر (زيادة) لأنه هيأها للزرع المعدة له أما المعدة للبناء فحرثها نقص لأنه يشعثها فإن رضي الزوج بالناقصة أجبرت على تسليمها له لأنها دون حقه

فإن قيل لم أطلق المصنف ذلك مع أن التقييد في المحرر أجيب بأنه إنما أطلق لقرينة تقدم الزرع فأشعر بأن الكلام في أرض للزراعة

(وحمل أمة وبهيمة زيادة) لتوقع الولد (ونقص) للضعف حالا وخوف الموت ما لا ولرداءة لحم البهيمة المأكولة ولهذا رجح المصنف أنها لا تجزىء في أضحية

---

(١) مغني المحتاج، ٢٣٠/٣

(وقيل البهيمة) أي حملها (زيادة) محضة لانتفاء خطر الولادة فيها غالبا بخلاف الإماء

تنبيه لو أصدقها حائلا فحملت في يده وولدت في يدها ونقصت قيمتها بالولادة فهل النقص من ضمانة ولها الخيار لأن السبب وجد في يده أو من ضمانها وله الخيار لأن النقص حصل عندها وجهان قال الرافعي لا يخفى نظائرها أي كقتل المبيع بردة سابقة على قبضه وقضيته أنه من ضمانه

(وإطلاع نخل) أي لم يؤبر بعد الإصداق (زيادة متصلة) أي كالمتصلة فتمنع الزوج من الرجوع القهري لحدوثه في ملكها فإن رضيت الزوجة بأخذ الزوج نصف النخل مع الطلع أجبر عليه كالسمن في البهيمة بخلاف الثمرة المؤبرة كما سيأتي

(وإن طلق وعليه) أي النخل المصدق (تمر) حدث طلعه بعد الإصداق (مؤبرة) بأن تشقق طلعه (لم يلزمها قطفه) أي قطعه ليرجع الزوج في نصف النخل لأنه حدث في ملكها فتستحق إبقاءه إلى الجداد

ولو طلق بعد وقت جداد الثمرة لزمها قطعه ليأخذ نصف النخل الشجر وكذا لو جرت العادة بقطعه أخضر كالحصرم كما يفهمه إطلاقهم قال الأذرعي وفيه احتمال ظاهر

(فإن قطفت) أو قالت له ارجع وأنا أقطفه عن النخل (تعين نصف النخل) إن لم يحصل نقص بقطعه ككسر غصن ولم يمتد زمن قطعه لزوال المانع

(ولو رضي) الزوج (بنصف النخل وتبقية الثمر إلى جداده أجبرت في الأصح ويصير النخل) بعد إجبارها (في يدهما)كسائر الأملاك المشتركة إذ لا ضرر عليها في ذلك والثاني لا تجبر ورجحه جمع وقال الأذرعي إنه الأصح أو الصحيح لأنه قد يمنعها السقي إن أرادته لتنمية الثمرة عند إضراره بالشجر

تنبيه مراد المصنف ما إذا قبض النصف شائعا بحيث برئت من ضمانه فلو قال أنا أرضى بنصف النخل وأؤخر الرجوع إلى بعد الجداد فلها الامتناع وإن أبرأها عن الضمان بأن قال ارجع ويكون نصيبي وديعة عندك وقد أبرأتك من ضمانه لأن نصيبه يكون مضمونا عليها ولا عبرة بالإبراء المذكور لأن الإبراء من ضمان العين مع بقائها باطل

(ولو رضيت به) أي بما ذكر من أخذ الزوج نصف النخل وتبقية الثمر إلى جداده (فله الامتناع) منه ولا يجبر عليه (و) له (القيمة) أي طلبها لأن حقه يثبت معجلا فلا يؤخر إلا برضاه والتأخير بالتراضي جائز لأن الحق لهما ولا يلزم فلو بدا لأحدهما الرجوع عما رضي به جاز لأن ذلك وعد لا يلزم

ولو وهبته نصف الثمار ليشتركا في الشجر والثمر هل يجبر على القبول أو لا وجهان قال في أصل الروضة أصحهما الأول

فرع لو أصدقها نخلة مع ثمرتها ثم طلقها قبل الدخول ولم يرد الصداق رجع في نصف الجميع وإن قطعت الثمرة لأن الجميع صداق ويرجع أيضا في نصف الكل من أصدق نخلة مطلعة وطلق وهي مطلعة فإن أبرت ثم طلق رجع في نصف الشجرة وكذا في نصف الثمرة إن رضيت لأنها قد زادت وإلا أحد نصف الشجرة مع نصف قيمة الطلع

". (١)

"وجوب المتعة بدليل أنهما لو ارتدا معا لا متعة ويجب الشطر والفرق أن ملكها للصداق سابق على الردة بخلاف المتعة ومثل ذلك ما لو سبيا معا

ولو اشتراها الزوج لم تستحق متعة وإن استدعى الزوج شراءها لأنها تجب بالفرقة فتكون للمشتري فلو أوجبناها لأوجبناها له على نفسه فلم تجب بخلاف المهر فإنه يجب بالعقد فوجب للبائع

وتجب المتعة لسيد الأمة وفي كسب العبد كالمهر

(ويستحب أن لا تنقص) المتعة (عن ثلاثين درهما) أو ما قيمته ذلك قال في البويطي وهذا أدنى المستحب وأعلاه خادم وأوسطه ثوب اه

ويسن أن لا تبلغ نصف مهر المثل كما قاله ابن المقري فإن بلغته أو جاوزته جاز لإطلاق الآية

قال البلقيني وغيره ولا يزيد وجوبا على مهر المثل ولم يذكروه اه

ومحل ذلك ما إذا فرضه الحاكم ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر منها أن الحاكم لا يبلغ بحكومة عضو مقدره ومنها أن لا يبلغ بالتعزير الحد وغير ذلك

أما إذا اتفق عليها الزوجان فلا يشترط ذلك ويحمل على هذا كلام من اعترض على البلقيني وقال الأوجه خلاف كلامه بل مقتضى النظائر أن لا يصل إلى مهر المثل إذا فرضها القاضي وهو ظاهر

ثم إن تراضيا على شيء فذاك (فإن تنازعا) في قدرها (قدرها القاضي بنظره) أي اجتهاده بحسب ما يليق بالحال (معتبرا حالهما) من يسار الزوج وإعساره ونسبها وصفاتها لقوله تعالى ﴿ ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف ﴾

(وقيل) يعتبر (حاله) فقط لظاهر الآية وكالنفقة

(وقيل حالها) فقط لأنها كالبدل عن المهر وهو معتبر

(وقيل) لا يقدرها بشيء بل الواجب (أقل مال) متمول كما يجوز جعله صداقا

وفرق بأن المهر بالتراضي وعلى تقديره يجب ما يقرره

فصل في التحالف عند التنازع في المهر المسمى إذا (اختلفا) أي الزوجان قبل وطء أو بعده مع بقاء الزوجية أو زوالها (في قدر مهر) مسمى وكان ما يدعيه الزوج أقل كقوله عقد بألف فقالت بل بألفين (أو) في (صفته) الشاملة لجنسه والحلول والتأجيل وقدر الأجل كأن قالت بألف دينار فقال بل بألف درهم أو قالت بألف صحيحة فقال بل مكسرة أو بحال فقالت بل بمؤجل أو بمؤجل إلى سنة فقال بل إلى سنتين ولا بينة لأحدهما أو تعارضت بينتاهما (تحالفا) قياسا على البيع لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه

وكيفية اليمين ومن يبدأ به على ما مر في البيع لكن يبدأ هنا بالزوج لقوة جانبه بعد التحالف ببقاء البضع له

---

(١) مغني المحتاج، ٣/٢٣٧

تنبيه لو وجب مهر مثل لفساد التسمية ونحوه فاختلفا في مقداره فلا تحالف ويصدق الزوج بيمينه لأنه غارم والأصل براءة ذمته عما زاد

(ويتحالف) عند الاختلاف السابق أيضا (وارثاهما أو وارث واحد) منهما (والآخر) لقيامه مقام مورثه

تنبيه قضيته أنه كتحالف الزوجين وليس مرادا فإن الزوجين يحلفان على البت في النفي والإثبات والوارث يحلف على البت في الإثبات ونفي العلم في النفي على القاعدة في الحلف على فعل الغير فيقول وارث الزوج والله لا أعلم أن مورثي نكحها بألف وإنما نكحها بخمسمائة ويقول وارث الزوجة والله لا أعلم أنه نكح مورثتي بخمسمائة وإنما نكحها بألف

(ثم) بعد التحالف المذكور (يفسخ المهر) المسمى لمصيره بالتحالف مجهولا ولا ينفسخ بنفس التحالف كالبيع

وأشار إلى فائدة التحالف بقوله (ويجب مهر مثل) وإن زاد على ما ادعته لأنهما لما تحالفا وجب رد البضع وهو لا يمكن فيجب بدله كالمبيع التالف

والكلام فيمن يفسخه على الخلاف فيمن يفسخ البيع بعد التحالف وفي أنه هل يفسخ ظاهرا وباطنا أو ظاهرا فقط الخلاف في البيع

أما إذا كان مدعى الزوج الأكثر

". (١)

"لأن الطلاق لا يؤقت بمهر المثل لفساد الصيغة بالتأقيت

أو علق الزوج الطلاق بصفة كأن (قال إذا دخلت الدار) مثلا (فأنت طالق بألف فقبلت) فورا (ودخلت) بعد قبولها ولو بعد زمن (طلقت على الصحيح) لوجود المعلق عليه مع القبول

والثاني لا تطلق لأن المعارضة لا تقبل التعليق فيمتنع معه ثبوت المال فينتفي الطلاق المربوط به ويقع الطلاق (بالمسمى) كما في الطلاق المنجز ولا يتوقف وجوبه على الطلاق بل يجب تسليمه في الحال كما في أصل الروضة وإن كان ظاهر عبارة المصنف أنه لا يجب إلا عند وجود المعلق عليه لأن الأعواض المطلقة يلزمها تسليمها في الحال والمعوض تأخر **بالتراضي** لوقوعه في التعليق بخلاف من خلع وغيره يجب فيه تقارن العوضين في الملك

(و) طلقت (في وجه أو قول بمهر المثل) لأن المعاوضة لا تقبل التعليق فيؤثر فساد العوض دون الطلاق لقبوله التعليق وإذا فسد العوض وجب مهر المثل

تنبيه تبع المحرر في التردد في أن الخلاف وجهان أو قولان والذي اقتضاه كلام الروضة وأصلها ترجيح أنه وجه حيث قالا وجهان ويقال قولان

---

(١) مغني المحتاج، ٣/٢٤٢

ويستثنى من صحة تعليق الخلع بالمسمى ما لو قال إن كنت حاملا فأنت طالق على مائة وهي حامل في غالب الظن فتطلق إذا أعطته وله عليها مهر مثل كما حكاه الرافعي عن نص الإملاء

ثم شرع في خلع الأجنبي سواء أكان وليا لها أم غيره فقال (ويصح اختلاع أجنبي) مطلق التصرف بلفظ خلع أو طلاق (وإن كرهت الزوجة) ذلك لأن الطلاق مما يستقل به الزوج والأجنبي مستقل بالالتزام وله بذل المال والتزامه فداء لأن الله تعالى سمى الخلع فداء فجاز كفداء الأسير وكما يبذل المال في عتق عبد لسيده تخليصا له من الرق

وقد يكون للأجنبي فيه غرض ديني بأن يراهما لا يقيمان حدود الله أو يجتمعان على محرم والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك فيفعل طلبا للثواب أو دنيوي لغرض مباح

(وهو) أي اختلاع الأجنبي مع الزوج (كاختلاعها) أي الزوجة (لفظا) أي في ألفاظ الالتزام (وحكما) في جميع ما مر فهو من جانب الزوج ابتداء معاوضة فيها شوب تعليق ومن جانب الأجنبي ابتداء معاوضة فيها شوب جعالة فإذا قال الزوج للأجنبي طلقت امرأتي على ألف في ذمتك فقبل أو قال الأجنبي للزوج طلق امرأتك على ألف في ذمتك فأجابه بانت بالمسمى وللزوج أن يرجع قبل قبول الأجنبي نظرا للمعاوضة

ووقع للشارح أنه قال نظرا لشوب التعليق وهو سبق قلم

وللأجنبي أن يرجع قبل إجابة الزوج نظرا لشوب الجعالة إلى غير ذلك من الأحكام

تنبيه يستثنى من قوله وحكما صور إحداها ما لو كان له امرأتان فخالع الأجنبي عنهما بألف مثلا من ماله صح بألف قطعا وإن لم يفصل حصة كل منهما لأن الألف تجب للزوج على الأجنبي وحده بخلاف الزوجتين إذا اختلفتا فإنه يجب أن يفصل ما يلتزمه كل منهما قاله الماوردي

والثانية لو اختلعت المريضة بما يزيد على مهر المثل فالزيادة من الثلث والمهر من رأس المال وفي الأجنبي الجميع من الثلث

والثالثة لو قال الأجنبي طلقها على هذا المغصوب

أو على هذا الخمر أو نحو ذلك وطلق وقع رجعيا بخلاف ما إذا التمست المرأة ذلك فإنه يقع بائنا لأن البضع يقع للمرأة فيلزمها بدله بخلاف الأجنبي

الرابعة لو سألت الخلع بمال في الحيض فلا يحرم بخلاف الأجنبي

فائدة أخذ السبكي من صحة خلع الأجنبي جواز بذل مال لمن بيده وظيفة يستنزله عنها لنفسه أو غيره ويحل له حينئذ أخذ العوض

ويسقط حقه منها ويبقى الأمر بعد ذلك لناظر الوظيفة يفعل ما تقتضيه المصلحة شرعا وقد مرت الإشارة إلى ذلك وإنما كررته لأن الناس كثر منهم الوقوع في ذلك

(ولوكيلها) في الاختلاع (أن يختلع له) أي لنفسه بالتصريح أو بالنية فيكون خلع أجنبي والمال عليه كما لو لم توكله

وإن صرح بالوكالة أو نواها فلها وإن أطلق وقع لها كما قاله الغزالي وفي كلام الشافعي والأصحاب ما يدل له وإن بحث الرافعي وقوع الخلع له لعود المنفعة

" (١).

"سكناها إلى انقضاء عدتها لقوله تعالى ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم ﴾ وقوله تعالى ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ أي بيوت أزواجهن وأضافها إليهن للسكنى إذ لو كانت إضافة ملك لم تختص بالمطلقات

ولو أسقطت مؤنة المسكن عن الزوج لم تسقط كما في فتاوي المصنف لأنها تجب يوما بيوم ولا يصح إسقاط ما لم يجب

تنبيه أفهم تقييده بالمعتدة عن طلاق أنه لا سكنى لمعتدة عن وطء شبهة ولو في نكاح فاسد ولا لأم ولد إن أعتقت وهو كذلك

ثم استثنى من المعتدة قوله (إلا ناشزة) سواء كان ذلك قبل طلاقها كما صرح به القاضي وغيره أم في أثناء العدة كما صرح به المتولي فإنها لا سكنى لها في العدة فإن عادت إلى الطاعة عاد حق السكنى كما صرح به المتولي في مسألته وإلا صغيرة لا تحتمل الجماع فإنه لا سكنى لها بناء على الأصح أنها لا تستحق النفقة حالة النكاح

والأمة لا نفقة لها على زوجها كالمسلمة ليلا فقط أو نهارا كما مر ذلك في فصل نكاح العبد وإلا من وجبت العدة بقولها بأن طلقت ثم أقرت بالإصابة وأنكرها الزوج فلا نفقة لها ولا سكنى وعليها العدة

فإن قيل لا وجه لاستثناء الصغيرة من ذلك إذ الكلام في سكنى المعتدة والصغيرة لا عدة عليها

أجيب بأنه يتصور ذلك باستدخالها ماء الزوج وإن كان فيه بعد

(و) يجب السكنى أيضا (لمعتدة وفاة في الأظهر) لأمره صلى الله عليه وسلم فريعة بضم الفاء بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشرا صححه الترمذي وغيره والثاني لا سكنى لها كما لا نفقة لها وأجاب الأول بأن السكنى لصيانة مائة وهي موجودة بعد الوفاة كالحياة والنفقة لسلطته عليها وقد انقطعت وبأن النفقة حقها فسقطت إلى الميراث والسكنى حق الله تعالى فلم تسقط

تنبيه محل الخلاف ما إذا لم يطلقها قبل الوفاة رجعيا وإلا لم تسقط قطعا لأنها استحقتها بالطلاق فلم تسقط الموت كما حكاه في المطلب عن الأصحاب لكن حكى الجرجاني طرد القولين فيها وعليه يأتي إطلاق المصنف

(و) يجب أيضا لمعتدة (فسخ) بعيب أو ردة أو إسلام أو رضاع (على المذهب) لأنها معتدة عن نكاح صحيح بفرقة في الحياة فأشبهت المطلقة تحصينا للماء

والطريق الثاني على قولين كالمعتدة عن وفاة

---

(١) مغني المحتاج، ٢٧٦/٣

تنبيه سكت المصنف عن استثناء الناشزة في عدة الوفاة وعدة الفسخ مع أن حكمها كالناشزة في عدة الطلاق كما صرح به القاضي والمتولي فيمت مات عنها ناشزا فلو أخر قوله إلا ناشزة إلى هنا لشمل ذلك وشمل إطلاقه الملاعنة والذي في الروضة نقلا عن البغوي أنها تستحق قطعا وحيث لا تجب السكنى لمعتدة فللزوج إسكانها حفظا لمائه ويقوم وارثه مقامه وعليها الإجابة وحيث لا تركة للميت لم يجب إسكانها فإن تبرع الوارث بالسكنى لزمتها الإجابة لأن له غرضا في صون ماء مورثه وغير الوارث كالوارث كما قاله الروياني تبعا للماوردي

فإن قيل ينبغي عدم اللزوم كما لو تبرع أجنبي بوفاء دين ميت أو مفلس لم يلزم الدائن قبوله بخلاف الوارث وبأن اللزوم فيه تحمل منة مع كون الأجنبي لا غرض له صحيح في صون ماء الميت

أجيب عن الأول بأن ملازمة المعتدة للمسكن حق الله تعالى لا بدل له فيجب فيه القبول وإلا فيلزم تعطيله وبأن حفظ ماء الإنسان من المهمات المطلوبة بخلاف أداء الدين

وعن الثاني بأنه إنما يصح إذا كان التبرع عليها وليس كذلك وإنما هو على الميت فإذا لم يوجد متبرع سن للإمام حيث لا تركة إسكانها من بيت المال لاسيما إن كانت متهمة بريبة وإن لم يسكنها أحد سكنت حيث شاءت

(و) إذا وجبت السكنى فإنما (تسكن) بضم أوله بخطه أي المعتدة حتما (في مسكن) مستحق للزوج لائق بها (كانت فيه عند الفرقة) بموت أو غيره للآية وحديث فريعة السابقين

(وليس للزوج وغيره إخراجها ولا لها خروج) منه وإن رضي به الزوج إلا لعذر كما سيأتي لأن في العدة حق الله تعالى والحق الذي لله تعالى لا يسقط **بالتراضي** بالضاد وقد قال تعالى ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن ﴾

---

(١) ".

"الزوج وأنكر صدق بيمينه إذا لم يعهد له مال وإلا فلا يصدق فإن ادعى تلفه ففيه التفصيل المذكور في الوديعة

أما من فيه رق ولو مكاتبا ومبعضا وإن كثر ماله فمعسر لضعف ملك المكاتب ونقص حال المبعض وعدم ملك غيرهما

فإن قيل إلحاق المبعض بالمعسر مخالف لما ذكروه في الكفارة من أنه يكلف كفارة الموسر وذكروا في نفقة الأقارب نحوه

أجيب بأنهم لو ألحقوه ثم بالمعسر لما صرف شيئا للمساكين ولا أنفق شيئا للأقارب بخلافه هنا فإنه ينفق نفقة المعسر

---

(١) مغني المحتاج، ٤٠٢/٣

(والواجب) في جنس الطعام المذكور (غالب قوت البلد) أي بلدهما من حنطة أو شعير أو تمر أو غيرها حتى يجب الأقط واللحم في حق أهل البوادي الذين يعتادونه لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها وقياسا على الفطرة والكفارة فالتعبير بالبلد جرى الغالب

ولو اختلف قوت بلد الزوج والزوجة قال الماوردي إن نزلت عليه في بلده اعتبر غالب قوت بلده وإن نزل عليها في بلدها اعتبر غالب قوت بلدها وإن نزل ببلدة ولم تألف خلاف قوت بلدها قيل لها هذا حقك فأبدليه قوت بلدك إن شئت ولو انتقلا عن بلدهما لزمه من غالب قوت ما انتقلا إليه دون ما انتقلا عنه سواء كان أعلى أم أدنى فإن كان كل واحد ببلد أو نحوها اعتبر محلها كما قال ذلك بعض المتأخرين

(قلت) كما قال الرافعي في الشرح (فإن اختلف) قوت البلد ولا غالب فيه أو اختلف الغالب (وجب لائق به) أي الزوج لا بها فلو كان يأكل فوق اللائق تكلفا لم تكلفه ذلك أو دونه بخلا أو زهدا وجب اللائق به

(ويعتبر اليسار وغيره) من توسط وإعسار (طلوع الفجر) في كل يوم (والله أعلم) اعتبارا بوقت الوجوب حتى لو أيسر بعده أو أعسر لم يتغير حكم نفقة ذلك اليوم وإنما وجب لها ذلك بفجر اليوم لأنها تحتاج إلى طحنه وعجنه وخبزه

تنبيه هذا إذا كانت تمكنه طلوع الفجر أما الممكنة بعده فيعتبر الحال عقب تمكينها

(وعليه) أي الزوج لزوجته (تمليكها) الطعام (حبا) سليما لأنه أكمل في النفع من الخبز والدقيق فتتصرف فيه كيف شاءت قياسا على الكفارة وزكاة الفطر

تنبيه قضية تعبيره بالتمليك اعتبار الإيجاب والقبول وليس مرادا بل يكفي أن يسلمه بقصد أداء ما لزمه كسائر الديون من غير افتقار إلى لفظ

ويكفي الوضع بين يديها وهذا إن كانت حرة أما الزوجة الأمة فالدفع لمالكها إلا أن تكون مكاتبة

ولو قال وعليه دفع الحب لسلم من الاعتراضين

(وكذا) على الزوج أيضا (طحنه) وعجنه (وخبزه في الأصح) أي عليه مؤنة ذلك ببذل مال أو يتولاه بنفسه أو بغيره كما صرح به في المحرر وإن باعته أو أكلته حبا كما في الوسيط وغيره لأن الحب غالب قوتهم فإن غلب غير الحب كتمر ولحم وأقط فهو الواجب ليس غير لكن عليه مؤنة اللحم وما يطبخ به كما قاله الرافعي ويقابل الأصح لا يلزمه ذلك كالكفارات

وفرق الأول بأنها في حبسه فعليه أن يكفيها مؤنة ذلك بخلاف الكفارة

ولو دفع إليها شيئا فقالت قصدت التبرع وقال بل قصدت أن يكون عن النفقة قال في الاستقصاء صدق بلا يمين كما لو دفع إليها شيئا وادعت أنه قصد به الهدية وقال بل قصدت المهر

(ولو طلب أحدهما) أي طلبت الزوجة (بدل الحب) خبزا أو قيمة وامتنع الزوج أو طلب الزوج إعطاء ذلك وامتنعت (لم يجبر الممتنع) منهما لأنه غير الواجب والاعتياض شرطه **التراضي**

(فإن اعتاضت) عما وجب لها نقدا أو غيره من العروض (جاز) اعتياضها (في الأصح) لأنه طعام مستقر في الذمة لمعين فجاز أخذ العوض عنه **بالتراضي** كالقرض

والثاني المنع كالمسلم فيه والكفارة فإنه لا يجوز الاعتياض عنهما قبل قبضهما

وأجاب الأول بأن المسلم فيه غير مستقر وطعام الكفارة لا يستقر لمعين

تنبيه قضية إطلاقه أن الأصح أنه يجوز الاعتياض عن النفقة ولو كانت مستقبلة وبه صرح في الكفاية

". (١)

"الضرر بالطفل فإن ضره فلا

(ولأحدهما) فطمه إن اجتزأ بالطعام (بعد حولين) من غير رضى الآخر لأنها مدة الرضاع التام فإن كان ضعيف الخلقة لا يجتزىء بغير الرضاع لم يجز فطامه وعلى الأب بذل الأجرة حتى يبلغ حدا يجتزي فيه بالطعام

وإذا امتنعت الأم من إرضاعه أجبرها الحاكم عليه إن لم يجد غيرها كما قاله المتولي وغيره

تنبيه لو تم الحولان في حر أو برد شديد قال الفارقي يجب على الأب إرضاعه في ذلك الفصل فإن فطامه فيه يفضي إلى الإضرار وذلك لا يجوز بخلاف تمامهما في فصل معتدل (ولهما الزيادة) على حولين إن اتفقا عليها ولم تضره الزيادة وإلا فلا يجوز

تنبيه يسن قطع الرضاعة عند الحولين إلا لحاجة كما في فتاوى الحناطي

(ولا يكلف) المالك (رقيقه إلا عملا يطيقه) أي المداومة عليه لخبر مسلم المار فلا يجوز أن يكلفه عملا على الدوام يقدر عليه يوما أو يومين ثم يعجز عنه

ويجوز له أن يكلفه الأعمال الشاقة أي التي لا تضره في بعض الأوقات كما صرح به الرافعي فإن كلفه ما لا يطيق أفتى القاضي حسين بأنه يباع عليه

قال ابن الصباغ وليس هو ببعيد عن قاعدة المذهب اه

وهو كما قال الأذرعي ظاهر إذا تعين طريقا لخلاصه فلو كان يمتنع إذا منع عنه لم يتعين بيعه

ويجب على السيد في تكليفه رقيقه ما يطيقه اتباع العادة فيريحه في وقت القيلولة وهي النوم في نصف النهار وفي وقت الاستمتاع إن كان له امرأة وفي العمل طرفي النهار ومن العمل آناء الليل إن استعمله نهارا أو النهار إن استعمله ليلا وإن سافر به أركبه وقتا فوقتا كالعادة دفعا للضرر عنه وإن اعتاد السادة الخدمة من الأرقاء نهارا مع طرفي الليل لطوله اتبعت عادتهم وعلى الرقيق بذل المجهود وترك الكسل في الخدمة

---

(١) مغني المحتاج، ٤٢٧/٣

ويكره أن يقول المملوك لمالكه ربي بل يقول سيدي ومولاي ويكره أن يقول السيد له عبدي أو أمتي بل يقول غلامي أو جاريتي أو فتاي وفتاتي ولا كراهة في إضافة رب إلى غير المكلف كرب الدار ورب الغنم ويكره أن يقال للفاسق والمتهم في دينه يا سيدي

(ويجوز) للمالك (مخارجته) أي ضرب خراج على رقيقه إذا كان مكلفا (بشرط رضاهما) أي المالك ورقيقه فليس لأحدهما إجبار الآخر عليها لأنه عقد معاوضة فاعتبر فيه التراضي والأصل فيها خبر الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم أعطى أبا طيبة لما حجمه صاعين أو صاعا من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه

ونقلت عن جمع من الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين

روى البيهقي أنه كان للزبير ألف مملوك تؤدي إليه الخراج ولا يدخل بيته من خراجهم شيئا بل يتصدق به

تنبيه يستفيد الرقيق بالمخارجة ما يستفيده الرقيق بالكتابة من بيع وشراء ونحو ذلك

(وهي خراج) معلوم يضربه السيد على رفيقه (يؤديه) مما يكسبه (كل يوم أو أسبوع) أو شهر أو سنة أو نحو ذلك عل حسب اتفاقهما

وتشترط قدرته على كسب مباح وأن يكون ذلك فاضلا عن مؤنته إن جعلت في كسبه فلو لم يف كسبه بخراجه لم تصح مخارجته كما صرح به الماوردي وغيره

قال الشافعي رضي الله تعالى عنه في الأم والمختصر ويمنعه الإمام من أن يجعل على أمته خراجا إلا أن يكون لها عمل دائم أو غالب وكذا العبد إذا لم يطق العمل وروى بسنده إلى عثمان في خطبته لا تكلفوا الصغير الكسب فيسرق ولا الجارية غير ذات الصنعة فتكسب بفرجها

قال الإمام وهذا مما تجب مراعاته والأصل فيها الإباحة فكأن السيد أباحه الزائد فيما إذا وفى وزاد كسبه توسعا عليه في النفقة وقد يعرض لها عوارض تخرجها عن ذلك فهي جائزة من الجانبين ومؤنته تجب حيث شرطت من كسبه أو من مال سيده ويجبر النقص في بعض الأيام بالزيادة في بعضها

(وعليه) أي صاحب دواب (علف دوابه) المحترمة (وسقيها) أو تخليتها للرعي وورود الماء إن اكتفت به فإن لم تكتف به كجدب الأرض ونحوه أضاف إليه ما يكفيها وذلك لحرمة الروح ولخبر الصحيحين دخلت امرأة النار في هرة حبستها لا هي أطعمتها ولا هي أرسلتها تأكل من خشاش الأرض بفتح الخاء وكسرها أي هوامها والمراد بكفاية الدابة وصولها لأول الشبع والري دون غايتهما

---

(١) ".

"أي فتؤخذ من غالب إبل (قبيلة بدوي) لأنها بدل متلف فوجب فيها البدل الغالب كما في قيمة المتلفات (وإلا) بأن لم يكن في البلدة أو القبيلة إبل بصفة الإجزاء (فأقرب) أي فيؤخذ من غالب إبل أقرب (بلاد) أي أقرب

---

(١) مغني المحتاج، ٤٦٢/٣

قبائل إلى موضع المؤدي فيلزمه نقلها كما في زكاة الفطر ما لم تبلغ مؤونة نقلها مع قيمتها أكثر من ثمن المثل ببلد أو قبيلة العدم فإنه لا يجب حينئذ نقلها وهذا ما جرى عليه ابن المقري وهو أحسن من الضبط بمسافة القصر (و) إذا وجب نوع من الإبل (لا يعدل) عنه (إلى نوع) من غير ذلك الواجب (و) لا إلى (قيمة) عنه (إلا بتراض) من المؤدي والمستحق

تنبيه ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين أن يعدل إلى نوع مثلها أو دونها أو فوقها وهو ما صرحا به في الشرح والروضة وقيل يجبر على الأعلى وجرى عليه الماوردي وغيره وتقدم في الصلح أنه لا يجوز الصلح عن إبل الدية **بالتراضي** لجهالتها وحمل ابن الرفعة ما هناك على ما إذا كانت مجهولة الصفة وما هنا على ما إذا كانت معلومتها وهو حسن وما تقرر من أنها إنما تؤخذ من غالب إبل محله عند عدم إبله هو ما في المهذب والبيان وغيرهما والذي في الروضة ونقله أصلها عن التهذيب التخيير بينهما وما جرى عليه المصنف هنا أوجه وجرى عليه شيخنا في منهجه وظاهر ما تقرر أن إبله لو كانت معيبة أخذت الدية من غالب إبل محله

قال الزركشي وغيره وليس كذلك بل يتعين نوع إبله سليما كما قطع به الماوردي ونص عليه في الأم ولو اختلفت أنواع إبله أخذ من الأكثر فإن استوت فمما شاء الدافع وكذا لو اختلفت أنواع إبل محله (ولو عدمت) إبل الدية حسا بأن لم توجد في موضع يجب تحصيلها منه أو شرعا بأن وجدت فيه بأكثر من ثمن مثلها (فالقديم) الواجب (ألف دينار) على أهل الدنانير (أو اثنا عشر ألف درهم) فضة على أهل الدراهم لحديث على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم صححه ابن حبان والحاكم من حديث عمرو بن حزم

تنبيه قضية كلام المصنف تخيير الجاني بين الذهب والدراهم وهو رأي الإمام والذي عليه الجمهور ما قدرته في كلامه والحديث يدل عليه ولو كان الواجب دية مغلظة كأن قتل في الحرم أو عمدا هل يزاد له التغليظ فيه وجهان أصحهما لا لأن التغليظ في الإبل إنما ورد بالسن والصفة لا بزيادة العدد وذلك لا يوجد في الدراهم والدنانير وهذا أحد ما احتج به على فساد القول القديم (والجديد) الواجب (قيمتها) أي الإبل وقت وجوب تسليمها بالغة ما بلغت لأنها بدل متلف فيرجع إلى قيمتها عند إعواز أصله وتقوم (بنقد بلده) الغالب لأنه أقرب من غيره وأضبط فإن كان فيه نقدان فأكثر لا غالب فيهما تخير الجاني بينهما

تنبيه قوله بنقد بلده قال ابن النقيب لم أدر أي بلد هو أبلد الجاني أم بلد المجني عليه أم الولي القابض أم الذي يجب التحصيل منه لم أر تصريحا بشيء منه

وقال البلقيني كلامه يوهم أن المراد بلد من لزمته كما سبق في قوله وإلا فغالب إبل بلده وليس كذلك فالمراد هنا بلد العدم المفهوم من قوله ولو عدمت اه

والمراد المحل الذي يجب التحصيل منه لو كانت موجودة فيه لأنها بدل متلف ويراعى صفتها في التغليظ (وإن وجد بعض) من الإبل الواجبة (أخذ) الموجود منها (وقيمة الباقي) كما لو وجب له على إنسان مثل ووجد بعض المثل فإنه يأخذه وقيمة الباقي

تنبيه محل ذلك ما إذا لم يمهل المستحق فإن قال أنا أصبر حتى توجد الإبل لزم الدافع امتثاله لأنها الأصل فإن أخذت القيمة ثم وجدت الإبل وأراد رد القيمة ليأخذ الإبل لم يجب لذلك لانفصال الأمر بالأخذ بخلاف ما لو وجدت قبل قبض القيمة فإن الإبل تتعين كما صرح به سليم وغيره تبعا لنص المختصر (والمرأة والخنثى) المشكل

". (١)

"تقبل شهادته لاستفيد منه اشتراط السمع والبصر والنطق والضبط إذ لا بد فيه من ذلك

(يعلم المساحة) بكسر الميم من مسح الأرض ذرعها

وعلم المساحة يغني عن قوله (والحساب) لاستدعائها له من غير عكس

وإنما شرط علمهما لأنهما آلة القسمة كما أن الفقه آلة القضاء واعتبر الماوردي وغيره مع ذلك أن يكون عفيفا عن الطمع واقتضاه كلام الأم

وهل يشترط فيه معرفة التقويم أو لا وجهان أوجههما الثاني كما جرى عليه ابن المقري وقال الإسنوي جزم باستحبابه القاضيان البندنيجي و أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم وحينئذ فإن لم يكن عارفا رجع إلى إخبار عدلين عند الحاجة إلى ذلك

واعتمد البلقيني الأول في قسمتي التعديل والرد دون قسمة الأجزاء

تنبيه أفهم قول المصنف منصوبه أنه لا يشترط ذلك في منصوب الشركاء وهو كذلك لأنه وكيل عنهم كما مر لكن يشترط فيه التكليف إلا أن يكون فيهم محجور عليه فتعتبر فيه العدالة أيضا ومحكمهم كمنصوب الإمام

(فإن كان فيها) أي القسمة (تقويم) هو مصدر قوم السلعة قدر قيمتها (وجب قاسمان) لاشتراط العدد في المقوم لأن التقويم شهادة بالقيمة

(وإلا) بأن لم يكن فيها تقويم (فقاسم) واحد في الأظهر

(وفي قول) من طريق (اثنان) كالمقومين

ومأخذ الوجهين أنه حاكم أو شاهد والراجح الأول لأن قسمته تلزم بنفس قوله ولأنه يستوفي الحقوق لأهلها

ورجح البلقيني الثاني وقال لم نجد نصا صريحا يخالفه

تنبيه محل الخلاف في منصوب الإمام فلو فوض الشركاء القسمة إلى واحد غيرهم **بالتراضي** جاز قطعا كما في أصل الروضة وظاهر كلام المصنف أنه يكفي واحد وإن كان فيها خرص وهو الأصح وإن قال الإمام القياس أنه لا بد من اثنين كالتقويم لأن الخارص يجتهد ويعمل باجتهاده فكان كالحاكم والمقوم يخبر بقيمة الشيء فهو كالشاهد

ولا يحتاج القاسم إلى لفظ الشهادة وإن وجب تعدده لأنها تستند إلى عمل محسوس

---

(١) مغني المحتاج، ٥٦/٤

(وللإمام جعل القاسم حاكما في التقويم) بأن يفوض له سماع البينة فيه وأن يحكم به (فيعمل فيه بعدلين) أي بقولهما (ويقسم) بنفسه

وللقاضي الحكم في التقويم بعلمه كما هو الأصح في أصل الروضة وإن اقتضى كلام المصنف خلافه

(ويجعل الإمام رزق منصوبه) إن لم يتبرع (من بيت المال) وجوبا إذا كان فيه سعة كما هو مقتضى كلام الرافعي ويكون من سهم المصالح لأنه من المصالح العامة وحكى الماوردي عن علي رضي الله عنه فعل ذلك ولا يزاد على أجرة مثله كما صرح به الدارمي

(فإن لم يكن) في بيت المال شيء أو كان مصرف أهم من ذلك أو لم يف (فأجرته على الشركاء) إن طلب القسمة جميعهم أو بعضهم لأن العمل لهم وقيل هي على الطالب وحده وليس للإمام حينئذ نصب قاسم معين بل يدع الناس يستأجرون من شاءوا لئلا يغالي المعين في الأجرة أو يواطئه بعضهم فيحيف كذا في أصل الروضة فيحتمل أنه حرام كما قاله القاضي حسين وأنه مكروه كما قاله الفوراني والأول أوجه

(فإن استأجروه وسمى كل) منهم (قدرا لزمه) سواء تساووا فيه أم تفاضلوا وسواء كان مساويا بالأجرة مثل حصته أم لا وليستأجروا بعقد واحد كأن يقولوا استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان ودينارين على فلان أو يوكلوا من يعقد لهم كذلك

فلو انفرد كل منهم بعقد لإفراز نصيبه وترتبوا كما قالاه أو لم يترتبوا كما بحثه شيخنا صح إن رضي الباقون بل يصح أن يعقد أحدهم ويكون حينئذ أصيلا ووكيلا ولا حاجة حينئذ إلى عقد الباقين

فإن لم يرضوا لم يصح كما قاله ابن المقري وصاحب الأنوار وهو الظاهر لأن ذلك يقتضي التصرف في ملك غيره بغير إذنه

نعم لهم ذلك في قسمة الإجبار بأمر الحاكم وقيل يصح وإن لم يرض الباقون لأن كلا عقد لنفسه قال في الكفاية وبه جزم الماوردي وغيره وعليه نص الشافعي

(وإلا) بأن سموا أجرة مطلقة في إجارة صحيحة أو فاسدة (فالأجرة موزعة على) قدر (الحصص) المأخوذة لأنها من مؤن الملك كنفقة المشترك

(وفي قول) من طريق

". (١)

"وبعضها لبن

فإذا كانت لاثنين نصفين وقيمة ثلثها في المثال الأول المشتمل على ما ذكر كقيمة ثلثيها الخالي عن ذلك جعل الثلث سهما والثلثان سهما وأقرع كما مر

---

(١) مغني المحتاج، ٤١٩/٤

ولو مثل المصنف بالبستان فهم منه ما مثل به بطريق الأولى

وإن اختلف الأنصباء كنصف وثلث وسدس جعلت ستة أسهم بالقيمة لا بالمساحة

(ويجبر الممتنع) من الشركاء (عليها في الأظهر) إلحاقا للتساوي في القيمة بالتساوي في الإجزاء

والثاني المنع لاختلاف الأغراض والمنافع وعلى الأول أجرة القاسم بحسب المأخوذ كما مرت الإشارة إليه ولو أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده لم يجبر على قسمة التعديل كأرضين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء

ثم أشار للقسم الثاني من قسمي التعديل وهو ما يعد فيه المقسوم شيئين فصاعدا بقوله (ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين) مثلا لاثنين بالسوية (فطلب) كل من الشريكين (جعل كل) من الدارين أو الحانوتين (لواحد) بأن يجعل له دارا أو حانوتا ولشريكه كذلك (فلا إجبار) في ذلك سواء أتجاوروا أم تباعدا لتفاوت الأغراض باختلاف المحال والأبنية

تنبيه يستثنى من الدارين ما إذا كانت الداران لهما بملك القرية المشتملة عليهما وشركتهما بالنصف وطلب أحدهما قسمة القرية واقتضت القسمة نصفين جعل كل دار نصيبا فإنه يجبر على ذلك وفي الحانوتين ما إذا اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة لا تحتمل آحادها القسمة وتسمى العضائد فطلب أحدهما قسمة عيانها أجيب على الأصح في أصل الروضة وإن زالت الشركة بالقسمة وينزل ذلك منزلة الخان المشتمل على البيوت والمساكن

قال الجيلي ومحلهما إذا لم تنقص القيمة بالقسمة وإلا لم يجبر جزما

(أو) استوت قيمة (عبيد أو ثياب) أو دواب أو أشجار أو غيرها من سائر العروض (من نوع) وأمكن التسوية ولو اختلف العدد (أجبر) الممتنع إن زالت الشركة بالقسمة كثلاثة أعبد بين اثنين قيمة أحدهم مائة والآخرين مائة وكثلاثة أعبد متساوية القيمة بين ثلاثة وذلك لعلة اختلاف الأغراض فيها

أما إذا بقيت الشركة في البعض كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما نصف الآخر فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس به ويبقى له ربع الآخر فإنه لا إجبار في ذلك على المذهب لأن الشركة لا ترتفع بالكلية

وهذه الصور استثناها من إطلاق كلام المصنف الزركشي والأولى عدم استثنائها فإن قول المصنف أو عبيد وثياب معطوف على دارين إذ تقديره أو استوت قيمة عبيد أو ثياب وحينئذ فلا استثناء

(أو) من (نوعين) كعبدين تركي وهندي أو جنسين كما فهم بالأولى كعبد وثوب (فلا) إجبار في ذلك وإن اختلطا وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء لتفاوت الأغراض بكل نوع وكل جنس وإنما يقسم مثل هذا **بالتراضي**

تنبيه يجبر الممتنع على قسمة علو وسفل من دار أمكن قسمتها لا على قسمة أحدهما فقط وعلى جعله لواحد والآخر لآخر واللبن بكسر الموحدة فإن استوت قوالبه فقسمته قسمة المتشابهات وإن اختلفت فالتعديل

النوع (الثالث) القسمة (بالرد بأن) يحتاج في القسمة إلى رد مال أجنبي كما اقتضاه كلام الرافعي كأن (يكون في أحد الجانبين) من أرض مشتركة (بئر أو شجر لا يمكن قسمته) وما في الجانب الآخر لا يعادل ذلك إلا

بضم شيء إليه من خارج (فيرد من يأخذه) بالقسمة التي أخرجتها القرعة (قسط قيمته) أي ما ذكر من البئر أو الشجر مثاله قيمة كل جانب ألف وقيمة البئر أو الشجر ألف فاقتسما رد آخر ما في البئر أو الشجر خمسمائة

تنبيه تعبير المصنف أولى من تعبير المحرر والشرحين والروضة حيث قالوا إنه يضبط قيمة ما اختص به ذلك الطرف ثم يقسم الأرض على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب تلك القيمة فإن ظاهر هذا التعبير أن يرد جميع تلك القيمة وليس مرادا وإنما يرد القسط

(ولا إجبار فيه) أي نوع الرد لأن فيه تمليك ما لا شركة فيه فكان كغير المشترك

(وهو) أي ما ذكر من قسمة الرد (بيع) على المشهور لوجود حقيقته وهو مقابلة المال بالمال وقيل

". (١)

"بيع في القدر المقابل بالمردود وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل

(وكذا التعديل) بيع أيضا (على المذهب) لأن كل جزء مشترك بينهما وإنما دخلها الإجبار للحاجة كبيع الحاكم مال المديون جبرا

والطريق الثاني طرد القولين في قسمة الأجزاء

(وقسمة الأجزاء إفراز) تبين إن ما خرج لكل من الشريكين مثلا هو الذي كان ملكه لا بيع (في الأظهر) لأنها لو كانت بيعا لما دخلها الإجبار ولما جاز الاعتماد فيها على القرعة

والثاني أنها بيع وصححه جمع من الأصحاب والروضة كأصلها في بابي الربا وزكاة المعشرات لأن ما من جزء من المال إلا وكان مشتركا بينهما فإذا اقتسما باع كل منهما ما كان له في حصة صاحبه بماله في حصته

تنبيه حيث قلنا القسمة ببيع ثبت فيها أحكامه من الخيارين والشفعة وغيرهما إلا أنه لا يفتقر إلى لفظ بيع أو تملك ويقوم الرضا مقامهما فيشترط في الربوي التقابض في المجلس وامتنعت في الرطب والعنب وما عقدت النار أجزاءه ونحو ذلك كما علم من باب الربا وإن قلنا إفراز جاز ذلك

ويقسم الرطب والعنب في الإفراز ولو كانت قسمتهما على الشجر خرصا لا غيرهما من سائر الثمار فلا يقسم على الشجر لأن الخرص لا يدخله وتقسم الأرض مزروعة وحدها ولو إجبارا سواء كان الزرع بعلا أم قصيلا أم حبا مشتدا لأنه في الأرض بمنزلة القماش في الدار بخلاف البناء والشجر لأن للزرع أمدا بخلافهما أو مع الزرع قصيلا بتراضي الشركاء لأن الزرع حينئذ معلوم مشاهد لا الزرع وحده ولا معها وهو بذر بعد أو بعد بدو صلاحه فلا يقسم وإن جعلناها إفرازا كما لو جعلناها بيعا لأنها في الأولى قسمة مجهول وفي الأخيرين على الأول قسمة مجهول ومعلوم وعلى الثاني بيع طعام وأرض بطعام وأرض

---

(١) مغني المحتاج، ٤/٤٢٣

وتصح الإقالة في قسمة هي بيع لا إفراز وتصح القسمة في مملوك عن وقف إن قلنا هي إفراز لا إن قلنا هي بيع مطلقا أو إفراز وفيها رد من المالك لا تصح

أما في الأول فلامتناع بيع الوقف وأما في الثاني فلأن المالك يأخذ بإزاء ملكه جزءا من الوقف

فإن لم يكن فيها رد أو كان فيها رد من أرباب الوقف صحت ولغت على القولين قسمة وقف فقط بأن قسم بين أربابه لما فيه من تغيير شرط الواقف

قال البلقيني هذا إذا صدر الوقف من واحد على سبيل واحد فإن صدر من اثنين فقد جزم الماوردي بجواز القسمة كما تجوز قسمة الوقف مع الملك وذلك راجح من جهة المعنى وأفتيت به

قال شيخنا وكلامه متدافع فيما إذا صدر من واحد على سبيلين أو عكسه

والأقرب في الأول بمقتضى ما قاله الجواز وفي الثاني عدمه

(ويشترط في) قسمة (الرد الرضا) في ابتداء القرعة جزما و (بعد خروج القرعة) على الصحيح في الروضة لأنها بيع والبيع لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي بعد خروجها كقبله

وقيل يلزم بخروج القرعة ويلزم من خرج له الأكثر بدل ما يقابل الزائد كالقسمة المجبر عليها

وأجاب الأول بأن هذه القسمة اعتبر التراضي في ابتدائها بخلاف الإجبار

(ولو تراضيا) أي الشريكان فأكثر (بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا بعد) خروج (القرعة في الأصح) وصيغة الرضا (رضينا بهذه القسمة) أو بهذا (أو بما أخرجته القرعة) لأن الرضا أمر خفي فوجب أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه

وأفهم كلامه الاكتفاء بذلك وأنه لا يشترط الإتيان بلفظ البيع أو التمليك وهو الأصح

تنبيه قال الشيخ برهان الدين الفزاري وتبعه في المهمات في كلام المصنف خلل من أوجه أحدها أن ما لا إجبار فيه هو قسمة الرد فقط

وقد ذكرها قبلها بلا فاصلة وجزم باشتراط الرضا فلزم التكرار مع جزمه أولا وحكاية الخلاف ثانيا

ثانيها أنه عبر بالأصح فاقتضى قوة الخلاف وفي الروضة عبر بالصحيح فاقتضى ضعف مقابله

ثالثها أنه عكس ما في المحرر فإنه لم يذكر فيه هذا الخلاف إلا في قسمة الإجبار فقال والقسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر تكرار الرضا بعد خروج القرعة فيها وجهان رجح منهما التكرار اه

وقال في التوشيح الذي يظهر أنه

". (١)

---

(١) مغني المحتاج، ٤/٤٢٤

"أراد في المنهاج أن يكتب ما فيه إجبار فكتب ما لا إجبار فيه وأنا أرجو أن تكون عبارته ما الإجبار فيه بالألف واللام في الإجبار ثم سقطت الألف فقرئت ما لا إجبار فيه وبهذا يزول التكرار والتناقض والتعاكس اه

وقال الشارح اعترض قوله لا إجبار فيه بأن صوابه عكسه كما في المحرر القسمة التي يجبر عليها إذا جرت **بالتراضي** الخ ويجاب بأن المراد ما انتفى فيه الإجبار مما هو محله الذي هو قسمة التعديل والأجزاء وهو أصرح في المراد مما في المحرر اه

فقول الشارح وهو أي المراد لا عبارة المصنف وكونه أصرح لأنه مصرح فيه بالرضا وعدم الإجبار بخلاف عبارة المحرر وإن كان عدم الإجبار لازما لها لأن الصريح أصرح من اللازم

(ولو ثبت ببينة) أو بإقرار الخصم وباليمين المردودة أو الشاهد ويمين (غلط) ولو غير فاحش (أو) ثبت (حيف في قسمة إجبار نقضت) تلك القسمة كما لو قامت ببينة على ظلم القاضي أو كذب الشهود

تنبيه لو عبر بدل البينة بالحجة لكان أعم ليشمل ما ذكر

(فإن لم تكن بينة) ولا ثبت ذلك بغيرها مما مر (وادعاه) أي الغلط أو الحيف (واحد) من الشريكين فأكثر وبين قدر ما ادعاه (فله تحليف شريكه) لأن من ادعى على خصمه ما لو أقر به لنفعه فأنكر كان له تحليفه فإن حلف مضت على الصحة وإن نكل وحلف المدعي نقضت القسمة كما لو أقر سماع الدعوى على القاسم بذلك ولا يحلف كما لا يحلف الحاكم أنه لم يظلم فإن اعترف به القاسم وصدقوه نقضت القسمة فإن لم يصدقوه لم تنقض

ورد الأجرة كالقاضي يعترف بالغلط أو الحيف في الحكم أن صدقه المحكوم له رد المال المحكوم به إلى المحكوم عليه وإلا فلا وغرم القاضي للمحكوم عليه بدل ما حكم به

وقول القاسم في قسمة الإجبار حال ولايته قسمت كقول القاضي وهو في محل ولايته حكمت فيقبل وإلا لم يقبل بل لا تسمع شهادته لأحد الشريكين وإن لم يطلب أجرة إذا ذكر فعله

(ولو ادعاه) أي الغلط أو الحيف (في قسمة تراض) بأن نصبا قاسما أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة (وقلنا هي) أي قسمة **التراضي** (بيع فالأصح أنه لا أثر للغلط) وعلى هذا (فلا فائدة لهذه الدعوى) وإن تحقق الغبن لأنه رضي بترك الزيادة له فصار كما لو اشترى شيئا بغبن

والثاني لها أثر فتنقض لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل فبان خلافه

تنبيه يستثنى من إطلاقه ما لو كان المقسوم ربويا وتحقق الغلط أو الحيف في كيل أو وزن فإن القسمة باطلة لا محالة للربا نبه عليه الأذرعي وغيره

(قلت) كما قال الرافعي في الشرح (وإن قلنا) إن قسمة **التراضي** (إفراز نقطت) تلك القسمة بإدعاء الغلط فيها (إن ثبت) الغلط ببينة (وإلا فيحلف شريكه والله أعلم) وهذا الحكم يؤخذ من اقتصار المحرر على التفريع على الأصح فصرح به المصنف إيضاحا

(ولو استحق بعض المقسوم شائعا) كالربع (بطلت) تلك القسمة (فيه) أي البعض المستحق (وفي الباقي) بعده (خلاف تفريق الصفقة) كما في الروضة ومقتضاه أن الأظهر الصحة وثبت الخيار

والثاني البطلان قال في المهمات وهذا ما صححه الأكثرون وهو المفتى به في المذهب وبسط ذلك

ومع هذا فالمعتمد ما اقتضاه كلام المصنف

(أو) لم يستحق بعض المقسوم شائعا (من النصيبين) قدر (معين) حالة كونه (سواء بقيت) تلك القسمة في الباقي (وإلا) بأن كان المعين من أحد النصيبين أكثر من المعين من نصيب الآخر (بطلت) تلك القسمة لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة

". (١)

"رضيا (والله أعلم) لأنه بيع دين بدين وهو منهي عنه

ورد بأن النهي إنما هو في بيع الدين لغير من هو عليه وهذا ليس كذلك مع أن بيع الدين لغير من هو عليه صحيح كما مر عن الروضة

تنبيه ظاهر كلام المصنف إجراء التقاص في النقدين وغيرهما من المثليات ولكن المذهب في أصل الروضة أن المثليات غير النقدين كالطعام والحبوب لا يقع التقاص فيها وعلله الشيخ أبو حامد بأن ما عدا الأثمان تطلب فيه المعاينة اه

والوجه كما قال شيخنا تقيده في غيرهما من سائر المثليات بما إذا لم يحصل به عتق ففي الأم لو أحرق السيد لمكاتبه مائة صاع حنطة مثل حنطته والحنطة على المكاتب حالة كان تقاصا وإن كره سيده

وظاهر كلام المصنف إجراء التقاص سواء اتفق الدينان حلولا وأجلا أم لا ولكن الذي رجحه في أصل الروضة أنهما لو تراضيا بجعل الحال تقاصا عن المؤجل لم يجزه كما في الحوالة والوجه تقييده كما قال شيخنا بما إذا لم يحصل به عتق ففي الأم لو جنى السيد على مكاتبه وجب مثل النجوم وكانت مؤجلة ولم يكن تقاصا إلا إن شاء المكاتب دون سيده اه

وإذا جاز ذلك برضا المكاتب وحده فبرضاه مع السيد أولى

ولو كانا مؤجلين بأجل واحد فوجهان أرجحهما عند الإمام التقاص وعند البغوي المنع وهو المعتمد كما اقتضاه كلام الشرح الصغير وجزم به القاضي لانتفاء المطالبة ولأن أجل أحدهما قد يحل بموته قبل الآخر فلا يجوز ذلك إلا **بالتراضي**

وهذا خاص بغير ما يؤدي إلى العتق أما ما يؤدي إليه فيصح كما يؤخذ مما مر

---

(١) مغني المحتاج، ٤/٤٢٥

والحاصل أن التقلص إنما يكون في النقدين فقط بشرط أن يتحدا جنسا وصفة من صحة وتكسر وحلول وأجل إلا إذا كان يؤدي إلى العتق

ويشترط أيضا كما قال الإسنوي أن يكون الدينان مستقرين فإن كان سلمين فلا تقاص وإن تراضيا لامتناع الاعتياض عنهما قاله القاضي و الماوردي ونص عليه الشافعي

وإذا منعنا التقاص في الدينين وهما نقدان من جنسين كدراهم ودنانير فالطريق في وصول كل منهما إلى حقه من غير أخذ من الجانبين أن يأخذا أحدهما ما على الآخر ثم يجعل المأخوذ إن شاء عوضا عما عليه ويرده إليه لأن دفع العوض عن الدراهم والدنانير جائز ولا حاجة حينئذ إلى قبض العوض الآخر

أو هما عرضان من جنسين فليقبض كل منهما ما على الآخر فإن قبض واحد منهما لم يجز رده عوضا عن الآخر لأنه بيع عوض قبل القبض وهو ممتنع إلا إن استحق ذلك العوض بقرض أو إتلاف

وإن كان أحدهما عرضا والآخر نقدا وقبض العوض مستحقه جاز له رده عوضا عن النقد المستحق عليه إن لم يكن دين سلم لا إن قبض النقد مستحقه فلا يجوز له رده عوضا عن العوض المستحق عليه إلا إن استحق العوض في قرض ونحوه من الإتلاف أو كان ثمنا

وإذا امتنع كل من المتداينين من البداءة بالتسليم لما عليه حبسا حتى يسلما

قال الأذرعي وقضيته أن السيد والمكاتب يحبسان إذا امتنعا من التسليم وهو متأيد بقولهم إن الكتابة جائزة من جهة العبد وله ترك الأداء وإن قدر عليه

وأجيب بأنه إنما يتأيد بما ذكر لو لم يمتنعا من تعجيز المكاتب أما لو امتنعا منه مع امتناعهما مما مر فلا وعليه يحمل كلامهم

(فإن فسخها) أي الفاسدة (السيد فليشهد) بالفسخ احتياطا لا وجوبا كما قاله الماوردي خوف التجاحد والنزاع

تنبيه تخصيص السيد بذلك يفهم أن ذلك لا يجزىء في فسخ المكاتب وليس مرادا بل هو كالسيد في ذلك كما قاله الزركشي

(فلو أدى) العبد فيها (المال فقال السيد) بعد ذلك (كنت فسخت) الكتابة قبل أن يؤدي (فأنكره) أي أنكر العبد أصل الفسخ أو كونه قبل الأداء (صدق العبد) المنكر (بيمينه) لأن الأصل عدم الفسخ وعلى السيد البينة

(والأصح بطلان) الكتابة (الفاسدة بجنون السيد وإغمائه والحجر عليه) بسفه

أما الفلس فلا تبطل به الفاسد بل تباع في الدين فإذا بيع بطلت

و (لا) تبطل بجنون (العبد) وإغمائه لأن الحظ في الكتابة له لا للسيد ولأنها تبرع فيؤثر فيه اختلاف عقل السيد دون عقل العبد

والثاني بطلانها بجنونهما

". (١)

" ذكروا قبل الدفن استحب ابن القاسم والإعادة بخلاف سحنون وكذلك إذا وضعوا رأسه موضع رجليه العاشر في الجواهر إذا كانت الجنائز جنسا واحدا خير بين جعلهم صفا واحدا أفضلهم بين يديه ويليه من الجانبين من يليه في الفضل وبين جعلهم كمختلفي الأجناس فإن اختلفوا فالرجل مما يليه ثم الصبي ثم العبد ثم الخنثى ثم المرأة ثم الصغير ثم الأمة وافضل الرجال مما يليه والتقدم بالخصال الدينية التي ترغب في الصلاة عليه فإن استووا قدم بالسن فإن استووا فالقرعة أو **التراضي** الحادي عشر في الكتاب لا يصلى على موتى القدرية والإباضية ولا تتبع جنائزهم ولا تعاد مرضاهم وأولى إذا قتلوا قال سند إن تولاهم أهل مذهبهم تركهم الناس زجرا لهم وإلا فاستحب ابن القاسم مباشرتهم وأوجبها سحنون قال المازري حمل كلام مالك على ظاهره ممكن وقد أفتى في غير موضع بكفرهم وإذا فرعنا على كفرهم فلا يصلى عليهم قال سند فإن قاتل و نا فقتلهم الإمام العادل قال مالك و (ش) وابن حنبل يصلى عليهم وقال (ح) لا يغسلون ولا يصلى عليهم لقوة شبههم بأهل الحرب الثاني عشر في الكتاب لا يغسل الشهيد في المعترك ولا يكفن ولا يصلى عليه ويدفن في ثيابه وخفافه وقلنسوته وقاله (ش) وابن حنبل و (ح) وقال لا يغسل ويصلى عليهم محتجا بأنه عليه السلام صلى على قتلى أحد تسعة وحمزة عاشرهم وقياسا على سائر الأموات والجواب عن الأول منع الصحة ويؤكد

". (٢)

" الأمة كان الحق للأمة ويجري على الخلاف وإذا أفسد نكاح الأمة فسخ نكاح الحرة وإن اتحد العقد لافتراق الملك وقال ابن القاسم يفسد لجمعه حلالا وحراما كالأم وابنتها في عقد فإن كانت الأمة ملكا للحرة فسخ على المشهور لجمع العقد بين حلال وحرام لملك واحد المانع الحادي عشر كونها أمة للابن لأنها كأمته لعدم إقامة الحدود عليه في الزنا والسرقة من مال ابنه وقاله ابن حنبل خلافا ل ح المانع الثاني عشر كونها أم السيد لأن ملك ابنها كملكها فكما لا تتزوج بعبدها فكذلك عبد ابنها المانع الثالث عشر الإحرام فلا يجوز تزويج المحرمة وقد تقدم بسطه في الحج المانع الرابع عشر المرض فلا تجوز المريضة وكذلك المريض وقد تقدم بسطه في أحوال الزوج القطب الثالث المعقود به وهو الصداق وفي التنبيهات يقال بفتح الصاد وكسرها وأصدقه وصدقة وفي الجواهر لا يجوز **التراضي** بإسقاطه لقوله تعالى (! (وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم) ! الأحزاب ٥٠ أي من الصداق وقوله تعالى (! (وهبت نفسها) ! يقضي اختصاص المرأة بالنبي & دون المؤمنين وقوله تعالى ! (خالصة) ! لا بد فيه من زيادة فائدة لأن الأصل عدم التكرار وهي اختصاص الهبة به دون المؤمنين فلا يجوز لغيره فيتعين اشتراط الصداق ولا يلزم التصريح به

(١) مغني المحتاج، ٥٣٥/٤

(٢) الذخيرة، ٤٧٤/٢

"(١)

" واختلف المقدار لأن كثرة الأول سلف بزيادة وقلته إقالة من رأس السلم بزيادة على أقل منه فإن كان أحدهما من سلم الآخر من قرض وكلاهما جنس ولم يحل أجلهما : قال ابن حبيب : يجوز إذا اتفق أجلهما قاله جميع أصحاب مالك إلا ابن القاسم وأشهب وأبى المنع لأنه بيع الطعام قبل قبضه وبيع الدين بالدين ومتى كان الأجل قائما فأمرهما على المكايسة ولو اختلف الأجل لم تجز المقاصة فإن حل أجل السلم جازت المقاصة عند أشهب وفي المجموعة : يجوز أن يحيل ما قد حل فيما لم يحل كان سلفا أو بيعا فإن كان السلف الذي حل فهو قصاص من سلم أو السلم فقد أعطاه من قرض فلا كراهة وقيل : إن حل السلم جاز لأن المسلم تعجيل ما عليه من القرض ويجبر غريمه على أخذه بخلاف حلول القرض فإن المسلم لا يملك إسقاط أجل السلم إلا **بالتراضي**

فرع قال : إذا أجلت البائع بثمن الطعام فأخذ من المحال عليه طعاما امتنع كان البائع باع بنقد أو بنسيئة

فرع قال : لو وكلت في قبض الثمن فتعدى الوكيل عليه جاز أخذك طعاما منه لضعف التهمة قاله ابن حبيب فلو أقرضت الثمن قبل قبضه : قال التونسي : يمتنع أن يأخذ المقرض من المشتري به طعاما لأنه كالدين يحيل به على ثمن طعام ولو بعت حنطة بذهب إلى أجل واشتريت من أجنبي تمرا بذلك الذهب وأحلته به عليه : أجازه مالك في الموطأ قال الباجي : معناه :

"(٢)

" خير للمشتري على ما تقدم قال ابن يونس : اشترط في الكتاب : الشراء بعد الميراث فاحتج به ابن القابسي على التفرقة بين التقديم والتأخير وسوى بينهما أبو بكر بن عبد الرحمن لحصول الكذب في ثمن نصف الميراث ولو قال : أبيعك النصف الذي اشتريت ولم يبين تقدمه ولا تأخره اتجه قول ابن القابسي ويلزمه إذا اشترى النصف أن يبين لأنه زاد في النصف الأخير

فرع قال : اللخمي : يختلف إذا أخذ عرضا عن دين هل يبيع مرابحة ولا يبين قياسا على ما إذا أخذ شقصا عن دين حال ؟ فقيل : يشفع بالدين فعلى هذا ليس عليه أن يبين وقيل بقيمة الدين فعلى هذا : عليه البيان

فرع قال : إذا اشترى بعين فقال : اشتريت بعرض وبنى على قيمته وهي مثل الثمن فأقل : فلا مقال للمشتري أو أكثر فمسألة كذب فإن باع على أن يأخذ المثل فللمشتري الرد إلا أن يرضى البائع على أن يكون الربح على ما اشترى به فإذا رضي نظر إلى قيمة العرض فإن كانت مثل الثمن فأكثر لزم المشتري لأنه رده إلى مثل ما اشترى به فهو أخف من العرض ونقله وإذا كانت قيمة العرض أقل لم يلزمه الرضا بالثمن إلا أن يحط عنه الزائد وإن اشترى بعرض : فقال :

---

(١) الذخيرة، ٣٤٩/٤

(٢) الذخيرة، ١٤٠/٥

اشتريت بعين والعين مثل قيمة العرض فأقل لزم المشتري أو أكثر عاد الجواب إلى ما تقدم وكذلك إذا اشتريا عدلا فاقتسماه **بالتراضي** ثم باع أحدهما نصيبه على ما اشترى به لأنه نصف ما صار إليه عوضه لصاحبه فللمشتري رد الجميع إلا أن يكون نصف ما اشترى مثل نصف العين فإن فات مضى بنصف الثمن وضرب له الربح في النصف الآخر على

". (١)

" القبض ما اقتضاه ذانك البابان منها فليراجع هناك النظر الثالث : في أداء المسلم فيه ثم البحث عن مقداره وصفته وزمانه ومكانه فهذه أربعة أبحاث : البحث الأول : في مقداره وفي الكتاب : ما اشترط أخذه في إبانة فانقطع إبانه قبل أخذه بتأخير السنة الثانية توفية بالعقد ثم رجع إلى جواز أخذ بقية رأس المال لأن التأخير ضرر قال ابن القاسم : من طلب التأخير منهما فذلك له نظرا للمدركين فإن اجتمعا على المحاسبة جاز قال سند : إن لم يقض من المبيع شيئا جاز الاتفاق على الفسخ لأنه إقالة وإن اتفقا على التأخير حاز عند ابن القاسم لتعلق الضرر بهما وامتنع عند أشهب كأنه فسخ دين في دين وإن اختلفا فقولان : أحدهما : يقدم من طلب المحاسبة لأنه نفي للضرر وثانيها : طالب التأخير لأنه الأصل في اعتبار العقد حتى يوفي به فإن قبض البعض فالمشهور : عدم الفسخ في الباقي توفية بالعقد قاله (ش) و (ح) ويفسخ عند أشهب في الباقي لأن العقد يتناول ثمرة عام بيعه فتعذره يوجب الفسخ كالعقد على الصبرة المعينة وعن ابن القاسم : يختص خيار الفسخ بالمشتري وقاله مالك (ش) و (ح) لأنه صاحب المثمن الذي هو مقصد العقد والثمن إنما هو وسيلة وقال أصبغ : تكلفهما المحاسبة إلا أن يتفقا على التأخير لشمول الضرر لهما وإذا قلنا **بالتراضي** على الفسخ شيئا فهل يجوز في البعض ؟ وهو الذي حكى فيه الخلاف في

". (٢)

" إن كان العين الخمس فيشاركه رب الدار بخمس السكنى ولهما القسمة **بالتراضي** أو المقاومة وإن كان العيب كثيرا يضر الرجوع به بالمكتري في السكنى خير بين السكنى على ذلك أورده والرجوع بقيمة ثوبه معينا وإن قام بذلك بعد سكنى نصف السنة والمعيب الخمس : رجع بخمس ما بقي من السكنى وخمس كراء الأشهر الماضية وإن كان العيب كثيرا خير بين السكنى فيما بقي مع المكتري أو يرد على المكري للساكن قيمة ثوبه معيبا يوم قبضه ويأخذ كراء الأشهر الماضية وإن أطلع بعد المدة رجع بقيمة العيب قلت أو كثرت وأخذ قيمة ما يقابله من قيمة سكنى الدار قال : وقول ابن حبيب كله حسن إلا قوله : إذا سكن نصف السنة والعيب يضر بكثرته فقوله : إن اختار رد بقيمة السكنى أنه يغرم قيمة ما وقع لنصف العيب في المدة التي سكن

(١) الذخيرة، ١٧٦/٥

(٢) الذخيرة، ٢٧٧/٥

فرع في الكتاب : هلاك الدابة المعينة يوجب الفسخ كشراء المعين ولا يجوز اشتراط الخلف كشراء المعين وله الخلف في الكراء على البلاغ وهو المضمون كاستحقاق ما يعطيه في السلم وإنما تفسخ الإجارة بموت الأجير المستأجر عليه وفي الجواهر : إن هلك الثوب المستأجر على خياطته كان له إبداله على ظاهر المذهب قال القاضي أبو محمد : مذهب أصحابنا أن محل الاستيفاء لا يتعين وإن عين فذلك الوصف بخلاف العين المستأجر قال صاحب المقدمات : هذه الدابة أو دابتك الفلانية تعين ودابة أو دابتك مضمون عند مالك لأن الإضافة أعم من التعيين فإن اختلفا في التعيين تحالفا وتفاسخا إن لم يقبض لأن كل منهما مدع ومدعى عليه وبعد القبض يصدق

---

(١) ".

" فأصلحت لم يصلح الرجوع لأن بقية الكراء بقي دينا على المكتري فلا يأخذ فيه سكنى دار وإن لم ينقد المكتري الكراء جاز **التراضي** بسكنى ما بقي إذا علمت حصته من بقية الكراء قال أصبغ : إلا أن يصلح في الأيام اليسيرة فيلزمه ما بقي لعدم الضرر ويفسخ ما بين ذلك في العمارة لا في الهدم

فرع في الكتاب : إذا غرق بعض الأرض أو عطش قبل الزراعة وهو أكثرها رد جميعها لذهاب جل الصفقة أو قليلا تافها حطت حصته من الكراء في جودته ورداءته وكذلك الاستحقاق قال ابن يونس : قيل : تسويته بين العطش والاستحقاق يقتضي : إذا غرق نصف الأرض أو ثلثها أن يرد البقية وقد قيل : إذا استحق النصف لا رد له وينبغي إن تضرر المشتري في الاستحقاق بالنصف رد وإلا فلا

فرع في الكتاب : إذا اكترى الأرض ثلاث سنين فغارت العين أو انهدمت البئر وامتنع من الإنفاق عليها : فللمكتري حصة تلك السنة خاصة ينفقها فيها لأنها المحتاج إليها فإن زاد فهو متطوع وكذلك المساقي له نفقة حصة رب الأرض من الثمرة تلك السنة بخلاف الدور لأن المكتري لا نفقة له فيها فلا ضرر عليه في الخروج ولو لم يزرع المكتري ولا سقي المساقي لم يكن لهما إنفاق قال اللخمي : قال مالك في المرتهن الزرع أو النخل : له الإنفاق إن امتنع ربه والنفقة في الزرع ورقاب النخل ليلا يهلك رهنه فهو معذور كالمكتري والمساقي ويبدأ من الرهن بما أنفق لأنه أخص به من الدين وإن لم يوف لم

---

(٢) ".

" (فرع) قال الأبهري يخير الإمام الشركة فيمن يقسم بينهم ويقدم من يرضوه إن كان رضي لأنه اصلح لذات البين واقرب لمصلحتهم الركن الثاني المقسوم وفي الكتاب يقسم العبيد إذا إنقسموا وإن أباه بعضهم والجذع والثوب

---

(١) الذخيرة، ٥/٤٧٦

(٢) الذخيرة، ٥/٥٣٦

الواحد والثوب الملفق من المعدني وغيره قطعتين والباب والمصرعإن والخفان والنعلان والرحى لا ينقسم ذلك إلا **بالتراضي** لأن الاجبار على الفساد غير مشروع والساعدان والساقان واليدان والفص واليوقوته واللؤلؤة والخاتم لا يقسم هذا كله لما في تفريقه من الفساد فإن اجتمع من كل صنف عدد يحتمل القسم قسم كل صنف وحده والغرارتان إن كان قسمهما فسادا لم يقسما وإلا قسما والخرج والخبا إذا أبى أحدهما قسمه لم يقسم والمحمل إذا نقص قسمة ثمنه لم يقسم إلا **بالتراضي** وتقسم الجبة وإن أبى أحدهما كالطعام في التنبيهات قوله في الجذع لا يقسم يعني وإن احتمل القسم وإنتفع به وقيل بل لأنه يحول عن ح اله وإنما يكون القسم فيما لا يحول وإنما يقسم بالعدد والمقدار وأما ما يتغير بالنقض والتفريق ويحول عن حاله فلا إلا في الرباع وإلارض قاله أشهب قال ولو كان القطع يصلح للثوب والخشية لم يقسمها قال حمديس إلا إن تكون الخشبة نخرة لا تصلح إلا للحطب فهذا لا يختلف فيه لعدم الفساد قال أبن يونس جوز أشهب قسم الخرج والحبل والساعدين ونحوهما على **التراضي** والفص الكبير **بالتراضي** قال اللخمي إنما

". (١)

" يصح قوله في الجذع والثوب والمصراعين والنعلين ونحو ذلك على أحد قوليه في منع قسم الحمام وعلى قوله بالجواز تقسم ولا يراعى فسادا ولا نقصا في الثمن ولا تعطيل إلاستعمال لأن فساد الحمام وإنتقاله عن مقصوده أشد ومنع الجميع أحسن صونا للمالية عن الضياع أما الياقوته ونحوها فيمتنع وإن تراضوا لأنه من اضاعة المال قاعدة يمتنع القسم تارة بحق ا تعالى كالغرر في مشروعية القرعة في المتخلفات فإن الضرر يعظم أو الربا كقسم الثمار بشرط التأخير إلى الطيب لما يدخله من بيع الطعام بالطعام غير معلوم التماثل فإن القسمة بيع أو نسيئة فإن تباين الجنس الواحد بالجودة والرداءة ففي جوازه بالقرعة قولان حكاهما اللخمي أو لاضاعة المال كالياقوته وتارة بحق آدمي كقسم الدار اللطيفو والحمام والخشب والثوب والمصراعين ولذلك يجوز **بالتراضي** لأن للادمي إسقاط حقه بخلاف حق الله تعالى ومنع الائمة قسم ما فيه ضرر أو بغير نوع المقسوم ومنع ح قسم الرقيق خلافا ل ش لأن منافعه مختلفة بالفعل وغيره فلا يمكن فيه التعديل وجوابه لو أمتنع تعديله لأمتنع بيعه وتقويمه في الاتلاف لأنهما مبنيان على معرفة القيم وليس كذلك وفي النوادر عن عبد الملك لا يقسم حيوان ولا عرض بالقيمة بل يباع ويقسم ثمنه وعنه الجواز (فرع) في الكتاب إذا دعي أحدهما لقسم الثوب لم يقسم بل يتقاواه وإلا بيع تحصيلا لمقصود كل واحد منهما من ملكه بحسب إلامكان فإذا استقر على ثمن فلمن أبى البيع أخذه وإلا بيع

". (٢)

---

(١) الذخيرة، ٧/١٩٠

(٢) الذخيرة، ٧/١٩١

" لأنه لا كبير عرصة لهما فلا يقسمان إلا **بالتراضي** أو على غير ضرر قال وأنا ارى ما لا ينقسم إلا بضرر ولا يحصل منه منتفع من دار أو أرض أو غيرهما لا يقسم ويباع فيقسم ثمنه لقول النبي & لا ضرر ولا ضرار وكذلك الماجل إلا أن يصير لكل واحد ماجل ينتفع به ولا يقسم اصل العيون والأبار قبل شربهما بالقلد في النكت قيل في الجدار سترة بينهما لا يقتسمان اعلاه لأنه قد يقع لأحدهما ما هو قبالة صاحبه فلا ينتفع به وإنما يبني كل واحد منهما نصف جميع الحائط قال صاحب التنبيهات إنما تكلم في الأبار والعيون على الواحد فإن أمكن قسم الجماعه واعتدلت قسمت وقاله سحنون وتأوله على الكتاب وحمله أبن لبابة على العموم واستدل بمخالفته في الجواب في المواجل وحكى عن مالك المنع ثم قال وأما إنا فلا ارى ذلك للضرر إلا إن يكون لكل واحد ماجل قال القاضي وليس بحجة لأنه إنما تكلم على ماجل واحد إذا كان كبيرا يصي ر منه مواجل والبئر لا تكون منها أبار ولا العين عيونا وقيل إنما راى ذلك مالك في الماجل لأن لها عرصة ولا كبير عرصة للأبار والعيون من الارض وإذا قال في الحائط وقد يكون منع قسم البئر اتباعا للعمل لأنه لم يسمع قال أبن يونس قال عبد الملك لا يقسم الجدار إلا عن تراض صدرا كان أو حاملا قال مطرف فإن كان بعضهم ينتفع بسعة سهمه من البيت ويضيف سهم غيره قسم كما قال مالك ولا يمنع أحد الانتفاع بملكه لتضرر غيره وإن لم ينتفع به أحد للقلة بيع وقسم ثمنه نفيا للضرر ومنع عبد الملك إن ضاق على أحدهم نفيا لمطلق الضرر وإن إنتفع أقلهم نصيبا بوجه من وجوه النفع قسم قال

(١) ".

" يحدث من الموت أو الولادة ما يغيره بزيادة أو نقص مستدلا بقولهم إن المحبس في مرضه على ولده وولد ولده إن الحبس يقسم على عدد الولد وولد الولد وظواهر كثيرة تدل على ذلك وقيل لا يقول مالك في الكتاب لا يقسم الحبس ولا يجزأ وقيل لا يقسم إلا أن يتراضى المحبس عليهم على قسمة قسم اغتلال وقال الشافعية إذا فرعنا على أن القسم بيع أمتنع قسم الوقف مع المطلق وإلا جاز (فرع) في الكتاب يجوز قسم نخلة وزيتونة إذا اعتدلتا ورضيا فيأخذ هذا نخلة الآخر الأخرى من غير اجبار ولأنهما جنسان وإن لم يعتدلا تقاوماهما أو باعاهما مثل ما لا ينقسم من ثوب أو عبد ومن دعي منهما للبيع جبر الآخر تحصيلا للاختصاص بالملك لأنه الاصل فإذا استقرا على ثمن فلكاره البيع أخذهما بذلك قال صاحب التنبيهات قيل هذا نزوع من ابن القاسم إلى مذهب أشهب في جميع الصنفين بالسهم على **التراضي** وابن القاسم يمنعه وقد يكون هذ ا مثل الثمار المختلفة وقد أنكر سحنون المسألتين معا وقيل المراد هنا قسم المراضاة وقيل إنما جاز ذلك للضرورة فيما قل كما جاز في الارض الواحدة بعضها رديء بخلاف الاراضي المفترقة والدار بعضها جديد وبعضها رث بخلاف الدور وكذلك قال أبن يونس يريد بقوله رضيا أي بالقرعة ولذلك شرط الاعتدال (فرع) في النوادر عن ابن حبيب يجوز قسم الدين إذا كان على رجل وأحد حضر الغريم أم لا كما يجوز بيعه ومنع ش ذلك قال لأنه بيع للدين من غير من هو

(١) الذخيرة، ١٩٣/٧

". (١)

" عاوض عن أحد الشائعين بالآخر فتقرر معنى المبيع قال والأظهر أن الأولى تميز بخلاف الثانية ودليل القرعة قوله تعالى ! (فساهم فكان من المدحضين) ! وقوله تعالى ! (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ! وفي مسلم إن رجلا اعتق ستة أعبد بموته فاسهم & بينهم فاعتق ثلثهم وقال & عليه السلام لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا لاستهموا وإنما وقعت القرعة في تلك الصور تطييبا للقلوب وإقرارا لحق الورثة عن المعتق وهذا متحقق في القسم وما يوجبه الحكم **التراضي** عليه من غير حكم (فرع) قال المكيل والموزون يجبر فيه على التعديل بالكيل والوزن لا بمكيال معلوم أو بصحفة مجهولة كان ربويا أم لا اتفاقا كما يمتنع اتفاقا تحريا أو جزافا للمخاطرة ويدخله عدم المماثلة في الربوي هذا في المكيل بخلاف الموزون يجوز تحريا وفيه خلاف هذا إذا كان صبرة فإن كان صبرتين ربويا كقمح وشعير ونقي ومغلوث فلا يجوز إلا الإعتدال بالمكيال المعلوم أو الصنجة المعروفة في

". (٢)

" المشتركة للآخر منعه لحقه في موضع الفتح وإن أراد في القسم جعل نصيبه إلى جهة داره حتى يفتح الباب منع بل حيث وقع سهمه أخذه فإن اشترى أحد النصيبين من له دار تلاصقه فلا يفتح بابه إلى طريق هذا ليصير هو ومن اكترى منها وليكن معه إن أراد رفقا إلا إن يجعل ذلك سكة نافذة لممر الناس يدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق فلا للضرر قال أبن يونس قال محمد صوابه ما لم يفتح من حائط الشركة (فرع) في الكتاب يجوز التفاضل في القسم **التراضي** وزيادة أحدهما الآخر عروضا نقدا أو موصوفا إلى اجل معلوم أو عينا نقدا أو مؤجلا أو على إن يتصدق عليه صاحبه أو يهبه هبة معلومة كالبيع (فرع) في الكتاب يجوز قسم الدار المستوية مذارعة بالقرعة وإن كان بعضها اجود أو كلها سواء وجعلا في ناحية اكثر إلا إن تراضيا نفيا لغرر القرعة ويقسم البناء بالقيمة (فرع) في الكتاب إذا طلب بعضهم قسم البناء والس ا حة معا فإن كان يصير لكل واحد من الساحة ما ينتفع به في مدخله ومخرجه ومربط دأبته وغير ذلك اجيب وإن كان يصير لأقلهم نصيبا ما لا ينتفع به إلا في دخوله وخروجه فقط قسم

". (٣)

(١) الذخيرة، ١٩٥/٧

(٢) الذخيرة، ١٩٩/٧

(٣) الذخيرة، ٢٠٣/٧

" البناء وحده وتركت الساحة لانتفاعهم نفيا للضرر وينتفع الأقل مثل الإكثر نصيبا سكن أم لا ولهم منع من يبني في الساحة منهم لئلا يضيق على غيره قال صاحب المقدمات إذا احتملت ساحة الدار وبيوتها القسم قسمت كلها قسما وأحدا وجعل لكل نصيب من البيوت ما يقابله من الساحة وعدل ذلك بالقيمة ثم اسهم عليها وإن احتملت البيوت فقط قسمت واقرت الساحة يتفرقون بها كالفناء إلا إن يتفقوا على قسمها وإن احتملت الساحة فقط فاللائق بمذهب أبن القاسم لا تقسم إلا **بالتراضي** لأن جمعها في القرعة يخرج سهم بعضهم في البيوت والآخر في الساحة وهو ممتنع كالصنفين وقال أبن حبيب يضمإن وإن وقع سهم أحدهما في البيوت فقط لأنهما كالشيء الواحد قال وهو بعيد لأن فيه جمع الصنفين إلا أن يريد مع تراضيهم فيتخرج على مذهب أشهب في جمعهما وعلى قول أبن القاسم في مسألة النخلة والزيتونة وقيل إن الساحة لا تقسم وإن صار لكل واح د ما ينتفع به قاله مطرف وتأول قول مالك على ساحة البناء أو على ساحة الدار إذا بنوها وقسموا البيوت وقال سحنون إن كان على البيوت حجر لم تقسم الساحة وإلا قسمت فجعلها إذا كانت للبيوت حجرا كالفناء لا يقسم إلا **بالتراضي** والافنية تنقسم إلى ما يكون أمام دور القوم إلى جانب الطريق فلا يقسم وإن اجتمعوا على قسمه لحق عامة الناس فيه عند الزحام وغيره فإن قسم رد القسم وقال اصبغ يمنع أبتداء ولا ينقض لأن حق المالك اقوى وإلى ما يكون بين دور القوم فيجوز قسمه **بالتراضي** قال أبن القاسم على ما تراضوا عليه كالبيع وعن مالك على حال منازلهم فإن أمتنع بعضهم لم يحكم بالقسم وقد اختلفوا في الآنادر والمسارح هل تقسم أم لا وهي كالفناء بين دور القوم وفي النوادر تقسم الساحة الواسعة إن أرادوا إن يتخذوا حجرا على بيوتهم وإنما لا تقسم العرصة التي لبيوتها حجر فتبقى مرفقا قال أشهب تترك إن ضاقت

". (١)

" في القرعة ولا تجمع الدور إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق ولا إلى الحمامات وتجمع الفنادق والحمام إن قال أهل العرف باكتساب الرباع هي متقاربة لأنها مستقلات كلها وإلا فلا ولا تجمع الحوانيت إلى الفنادق لقوة التباين وقد تستحق الحوانيت مع ديار الغلة إذا قيل التفاوت يسير قال التونسي قال سحنون إذا كانت إحدى الدارين قاعة لم يجمعا في القسم قاله سحنون لأن عدم البناء في أحدهما يصيرها أرضا والدور والأرضون لا تجمع وأما السفل مع العلو فقد يقال إن سقف العلو كالقاعة اذ الغرض بالقاعة الاستقرار وفوات يسير منافع القاعة لا يمنع الجمع ولكن كثرة البناء في إحدى الدارين يزيد في ثمنها على القليلة البناء فيصير عوض كثرة البناء قاعة من الأخرى وكذلك الجديدة مع الرثة عوض عن الجدة قاعة فإن قيل جوز هذا لأن كل واحد منهما نابه قاعة فأشبه الحائط فيه أنواع مختلفة لا يقدر على القسم كل نوع منها ف إ نه يجمع لأن كل واحد يحصل له بعض تلك الاصناف وإن قل ولو كانت نخلة وزيتونه أمتنع قلنا الفرق إن العلو حصل له ما يشبه القاعة وصاحب النخلة لم يحصل له شبه الزيتونة قال أبن القاسم لا تقسم ذات العين مع النضح ولا البعل مع السقي وإن تقاربت الحوائط إلا **بالتراضي** نفيا للغرر في القرعة لأن اصلها غرر اغتفر لتطييب القلوب

(١) الذخيرة، ٧/٢٠٤

فلا يتعدى المتماثلات وروى أبن وهب يقسم البعل مع العيون إذا استوت في الفضل إذ هو المقصود وروى ابن القاسم المنع لتباين نوع المنفعة قال اللخمي قال محمد بن مسلمة يقسم البعل مع العيون دون البعل مع النضح إلا أن يرضى أهله ولا وجه له بل البعل مع النضح أقرب وإذا كانت الأراضي متقاربة مختلفة لم يجمعها ابن القاسم في القسم لتفاوتها وكذلك إن تباعدت مواضعها كاليوم وتقاربت صفاتها لبعد المواضع وجمعها أشهب لمن طلب حصته في مكان إذا كانت في مكان واحد ونمط واحد وبعضها اكرم أو

---

(١) ".

" بعض الدور أعمر إلا أن تكثر حصته من دار أو أرض فتجمع له في دار أو أرض اخرى ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة على ما تراضوا عليه فإن تباعدت الدور قسم مريدوا التفرقة حظهم من كل دار أو ارض ثم يقسم مريدوا الجمع ان شاؤا ومراده إذا كانت متقاربة يبدأ بالقسم لمريدي الجمع لأن ذلك الحكم وتسقط مقالة الآخرين فإن كان مريدوا الجمع واحدا كتبت اسماء الدار وضبطت فأيها خرج أولا فهو له ثم يقسم للآخرين كل دار أو ارض على سهامهم بالقرعة فاذا اخذوا ذلك بقي بقية تلك الدار والأرض على ما كانت الشركة عليه قبل ان يأخذ هذا نصيبه ثم يجمع الباقون **بالتراضي** لأن من أصله أن يجوز في مثل هذا **التراضي** بالقرعة واخذ سحنون بقول أشهب في الارض دون الدور لان الديار في لفظ واحد وهي مختلفة النفاق وقال الأئمة لا تقسم دار مع دار وان تقاربت كما تكون الشفعة فيها دون غيرها تقسم وحدها ولان في الجمع زيادة غرر في ا لقرعة لان كل واحد يزول ملكه عن جملة احدى الدارين بغير رضاه والجواب عن الأول ان الشركة إذا عمت فيهما والبيع عمت الشفعة فنقيس القسم على الشفعة فينقلب الدليل ولان استقلال كل واحد باحداها اتم في الانتفاع من الإنتفاع ببعض داره والجواب عن الثاني المعاوضة والنقص بالاختلاف في الدار الواحدة بل هاهنا أولى لانا انما نجمع المتقارب وفي هذاك نجمع المختلف جدا (فرع) قريه ذات دور وارض بيضاء وشجر تقسم الدور والارض كما تقدم والاشجار المختلفة كالتفاح والرمان في جنية واحدة تقسم مجتمعة بالقيمة كالحائط فيه اصناف الثمر المختلفة ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع أو في جنيتين قسمت كل جنية وحدها بالقيمة ان انقسمت في النكت قال ابن

---

(٢) ".

" عبدوس الحائط فيه اصناف الثمر انما يقسمه من هو اهل معرفة ذلك الموضع فيقوم نخلة نخلة على ما عرف من حملها لان الشجرة الحسنة المنظر قد يقل ثمرها وبالعكس فاذا فرغ من القيمة جمعها وقسمها على قدر السهام

---

(١) الذخيرة، ٢١١/٧

(٢) الذخيرة، ٢١٢/٧

فيعرف ما ينوب كل سهم ثم يقرع على أي الطرفين يبدأ فاذا عرفه كتب اسماء الاشتراك كل واحد في رقعه ثم يخلطها في ويعطيها نصيبها من الناحية التي أقرع الله عليها أعطاه شجرة شجرة حتى يكمل له ما يحصل له في القيمة واعطى الثاني كذلك والثالث حتى ينقضي الحائط فإن بقي للأول بعض شجرة اشترك مع الثاني فيها بحصتيهما كذا تقسم النخل وان فضل بعضها الا بمتباين جدا فيقسم كل على حدته نفيا للغرر قال الابهري يقسم النخل والعنب بالخرص بخلاف غيرهما من الثمار دون غيرهما لا يخرص في العادة فيعرف بالخرص ولتمييز ثمرة النخل والعنب عن اصليهما فيعاين بخلاف غيرهما قال التونسي اجاز في الكتاب قسم الارض الواحدة وان اختلفت نفيا للضرر وكذلك الشجر في مكان واحد بعضها اكرم من بعض قال اللخمي النخل والاعناب والزيتون والفواكة لا تجمع لتفاوت الغرض فيكثر غرر القرعة فإن تراضوا بالقرعة منع ابن القاسم لان الرضا بالغرر حرام وأجاز أشهب لان الرضا مما يسقط الحق واجاز ابن القاسم مرة في نخلة وزيتونة يعدلان ويقسمان **بالتراضي** وان لم يعتدلا تقاوماهما أو باعاهما فجوزه للضرورة فيما قل كما جوزه في الارض الواحدة بخلاف الاراضي والشجر والنخل كل صنف واحد يجمع ويستحسن إذا كان الجيد ناحية وكلاهما يحمل القسم ان يقسم مفردا والزيتون صنف وان اختلف وكذلك العنب واستحسن افراد المخالف إذا حمل القسم وجعل ابن عبدوس تباينهما في الارض كتباين الارض في الكرم وقد يحمل قوله على الاستحسان

---

(١) ".

" فائدة في التنبيهات القت بفتح القاف الحزم والقبض وأصله الجمع وكل ما جمعته فقد قتته والخرص بالفتح اسم الفعل والمصدر وبالكسر اسم المخروص وقال حمل سحنون منعه قسم الزرع والبلح خرصا مطلقا وانكره ابن عبدوس وقال انما منعه على التأخير دون الجذ لقوله يجوز بيعه بالخرص على الجذاذ وفي النكت البقل القائم والزرع القائم والبلح الصغير الفاظ الكتاب فيها مختلفة وهي سواء تنقسم على التفصيل البين جذاذ بينهم في قسم الثمرة بالخرص وهي مزهية أو بلح كبير دون غيره تحصيلا لمصلحته في تمييز حقه والا أقدم طالب البقاء ولا يقسم بالخرص الا عند **التراضي** والفرق ان طالب البقاء في المزهية يقدر عليه بعد البقاء الى الكمال يفسد القسم قاله بعض القرويين ولو إقتسما البلح الصغير ثم أكل أحدهما حصته أو بعضهما وازهى نصيب الاخرى انتقضت القسمة ويريد الأول قيمة ما قبض على الجذ لا على الرجاء والخوف بخلاف من اشترى بلحا على ان يتركه حتى يطيب وكان البيع فاسدا ثم جذه هذا عليه قيمته على الرجاء والخوف لأنه علي الترك دخل والقاسم دخل على الجذ وان اقتسما البلح الصغير ثم تركاه حتى يكبر ففي الكتاب ان اقتسماه على تفاضل أو كان إذا كبر تفاضل فسد القسم لأنه بيع طعام بطعام متفاضلا ولو اقتسما البلح الصغير واكل احدهما حصته وبقي نصيب الاخر حتى صار كبيرا لا ينتقض القسم لان البلح الصغير والكبير متفاضلا جائز اقتسما على تفاضل ام لا بخلاف مسألة الكتاب تركاه جميعا حتى صار بلحا كبيرا فآل الامر الى كونه بلحا كبيرا وهو لا يجوز التفاضل فيه يفسد القسم إذا اقتسما أولا على التفاضل أو كان إذا كبر تفاضل قال التونسي عن مالك

---

(١) الذخيرة، ٢١٣/٧

تقسم الثمار كلها بالخرص إذا وجد من يعرف ذلك وطاب وحل بيعه واختلفت الحاجة ومنع ابن عبدوس قسمة الثمر بالخرص

---

(١) ".

" لتوقع الربا وقال عبد الملك أجاز أصحابنا قسم الثمار التي يستعجلها اهلها بالخرص وكره قسمة الثمار الكثيرة لعدم الضرورة وأنكر سحنون قسم البلح الكبير خرصا إذا أراد احدهم بيعه والآخر أكله ولم يره اختلاف حاجة لان الذي يبيع يجذ فقد اجتمعنا على الجذ لان تركه يبطل القسم وخالف ابن القاسم واشهب قال التونسي يجوز قسم البلح الكبير **بالتراضي** مع اختلاف الحاجة بخلاف الرطب لان الرطب يترك حتى يثمر فلا فساد في ذلك والبلح لا يقدر من لم يرد الأكل ان يتركه حتى ييبسه فكان ذلك فسادا فلم يلزم من أبي القسم بذلك وأجاز **التراضي** في ذلك وهو طعام بطعام للضرورة ولو كان ذلك تمييز حق لم ينقض القسم بالزهو وقد نقض إذا أزهى وانظر هل فيه جائحه لو اجيح نصيب احدهما نقلها عبد الملك ومالك ابن القاسم سلكا بالقسم تارة البيع وتارة التمييز فاجازا قسم النخل دون زهوها وفيها ثمرة لم تؤبر ولو كان بيعا امتنع لان كل واحد باع نصفه بنصف صاحبه على ان استثنى ثمرته التي لم تؤبر وقال في البلح الكبار ينتقض قسمه بالإزهاء وكذلك الصغير ولو كان تمييز حق لما انتقض لان كل انسان أخذ ملكه يفتصل به واجاز قسم البلح الصغير بالتحري لتعذر كيله وهو مما أصله الخرص فاذا خرج من حد الخطار جاز وان فضل احدهما صاحبه بالأمر البين جاز لأنه ليس بطعام ولا يبقى حتى يصير طعاما قال ابن يونس إذا اقتسما الثمرة كما تقدم لا بعد قسم الاصول فعلى كل واحد سقي نخلة وان كان ثمرها لغيره وقال سحنون السقي على

---

(٢) ".

" رب الثمرة لأن القسم تمييز حق لا كالبيع فكان ما طاب لها هو نصيبه وانما كان السقي في بيع الثمرة على البائع لأنه باعها على حياتها من الماء ولأنه يسقي نخلة وأما من قاسم اصل حائطه دون شربه فالسقي على البائع لأن المبتاع لا يسلم له الأصل حتى يجذ البائع ثمرته قاله مالك وقال المخزومي على المشتري للأصل لانع يسقي نخلة فتشرب ثمرة هذا قال ابن حبيب تقسم الثمار كلها بالخرص إذا بدا صلاحها إذا اختلفت الحاجة إليها وان لم تختلف أو يبست في شجرها فلا تقسم إلا كيلا قاله مالك واصحابه الا ابن القاسم لم يجز الخرص الا في النخل والكرم وإنما كره مالك قسم ما لا يدخر من الفواكه خرصا في شجرة لعدم التقابض في الوقت فيجمع هذا اليوم وهذا غدا فيلزم غدا ربا النسأ فلو جذاه جميعا قبل **التراضي** جاز بالتحري في شجرة بالتعديل والتفاضل لجواز التفاضل فيه ولذلك منع من

---

(١) الذخيرة، ٢١٦/٧

(٢) الذخيرة، ٢١٧/٧

قسم البقل قبل الجذ خرصا لعدم القبض فيصير طعاما بطعام لا يدا بيد فلو جذاه قبل التفرق جاز وقاله سحنون لقوله في قسم الزرع الاخضر وبيع فدان كراث بفدانين قال ابن حبيب الا البصل والثوم لأنهما يدخران فيمنع فيها التفاضل فلا يقسمان تحريا أخضرين ولا يابسين ويقسمان يابسين عددا وكيلا قال ابن يونس ليس قسمه عددا يدخله التفاضل والصواب قسمه وزنا قال ابن حبيب ان اختلفت حاجاتهم اليه وهو اخضر قائم بلغ الإنتفاع قسم خرصا كمدخر الثواب قال اللخمي يجوز القسم على التعديل في الثمار والتفاضل على وجه المكارمة فيذكر احدهما خمسة أوسق والآخر عشرة كما يأخذ احدهما من صبرتهما ستين والآخر أربعين الا ان يكون

---

(١) ".

" دون المتباعد قال ابن يونس لا يجمع اللؤلؤ مع الياقوت والزبرجد مع الياقوت الا **بالتراضي** وقال ابن حبيب الحرير صنف ولا يقسم الديباج مع الحرير والخز وفراء الخراف لا تجمع كالفراء القلينات لتباينها ولا فراء معمولة الى غير معمولة قال اللخمي اتفق المذهب على قسم الديار والأرض بالقرعة واختلف في غيرها من الحيوان والعروض ومنع عبد الملك وقال يباع ويقسم ثمنه لان الأصل منع القرعة لتضمنها نقل ملك الانسان بغير رضاه ولان كل واحد منهما قد يكون غرضه فيما صار لشريكه ويرجو حصوله ولولا ذلك لم يرض والضرر في خروج العقار عن الملك بالبيع ليس كغيره يجوز قسمه بالقرعة ولذلك اجزنا له الشفعة دون غيره وقال ش يجبر على القسم في المثليات والارض لقلة الغرر بخلاف الدارين والحانوتين المختلفين ويجبر في العبيد والدواب المستوية القيمة خلافا ل ح ولا يجبر في المختلفات كالتركي مع الزنجي والعلو مع الاسفل لاختلاف الاغراض هذا مذهب ش قال اللخمي وجعل ابن القاسم الخيل والبراذين صنفا والبغال والحمير صنفين ومنع أشهب الخيل والبراوين صنفا لإسلام بعضها ي بعض فإن كان كل قسم لا يحمل القسم مفردا بيع الا ان يتراضوا فيجوز وان كان بالقرعة وكذلك الخيل إذا كان فرسا سابقا لا يجمع قوله بالقرعة جبرا وقال ابن القاسم البغال والحمير صنف لا يسلم بعضها في بعض واذا امتنع السلم فالقسم أولى بالجمع لأنه جمع في السهم ما يسلم بعضه في بعض وتجمع الابل في القسم إذا تقاربت صفاتها

---

(٢) ".

" وليس كمن باع عشرة فقبضها المبتاع ثم ادعى البائع الغلط بالعاشر ان كانت قائمة انتفض البيع بعد أيمانهما بخلاف القسم لاتفاقهما في البيع على عدم دخوله في البيع والأصل عدم العدوان ولو اقتسما دارا فتداعيا بيتا ليس بيد أحدهما تحالفا وتفاسخا لعدم تعينه لأحدهما ومن حاز البيت أو أقام بينه صدق لرجحان حجته ومن لزمته يمين فنكل لم يقض لغريمه حتى يحلف ليكمل السبب ولو قال كل واحد الساحة من هنا ورفع الى جهة صاحبه ان اقتسما البيوت

---

(١) الذخيرة، ٢١٨/٧

(٢) الذخيرة، ٢٢٣/٧

على حدة والساحة على حدة تحالفا وفسخ قسم الساحة وحدها لعدم تعين القسم فيها على حالة وان جمعها القسم تراضيا فسخ الجميع ان حلفا لعدم رجحان احدهما قال ابن يونس قال أشهب لا يمين على منكر الغلط كالكاتب على نفسه ذكر حق ثم يدعي الغلط في المحاسبة قال ابن حبيب إذا ادعى الغلط بعد القسم وان اقتسموا **بالتراضي** بغير سهم وهم جائزوا الأمر لا ينظر الى دعوى الغلط كان ببينة أو بغيرها لأنه كبيع التساوم ويلزم فيه الغبن فإن اقتسموا بالقرعة قبل قوله بالبينة وبتفاحش الغلط ويرد القسم كبيع المرابحة ولا يعدلوا الأنصباء على البقاء على سهامهمن لكن يقسم ثانية ولو لم يكن الغلط الا في نصيب واحد بزيادة لنقض القسم فإن فات نصيبه بالبناء رجع عليه من نقض سهمه بقيمة ذلك مالا فإن فات ببيع ولم يبين المبتاع نقض بيعه ورد القسم فإن بنى رجع ناقص السهم على البائع بقيمة ذلك مالا فإن لم يجد عنده شيئا رجع على المشتري بذلك مالا ورجع المشتري على البائع في ذمته قال ابو محمد كيف يرجع على المشتري وبماذا يرجع بحصة الثمن أو القيمة فالذي أراد ابن حبيب الرجوع بقيمة نقص سهمه قال ابن حبيب وان بنى الذي لم تقع الزيادة في سهمه ولا الذي الزيادة عنده انتقض القسم فيما لم يبق من السهام لعدم الفوت فيها وفي السهم الذي فيه الزيادة وما فات بالبناء فما لم يقع فيه غلط مضى و انما

". (١)

" قال في مسألة البيع إذا كانت الثياب قائمة تحالفا وتفاسخا لأن الشقق الآخر اختلفا في ثمنها فيقول المبتاع ثمنها تسعة اعشار الثمن ويقول البائع بل جميع الثمن فإن فاتت الثياب بحوالة الأسواق حلف المبتاع انه ما ابتاع الا عشرة والبائع ما باع الا تسعة ويأخذ ثوبا منها شقة بحصتها من الثمن المصادق عليه فإن فاتت بذهاب أعيانها فإن كانت قيمة الثوب منها اكثر مما يخصها من الثمن فأقل حلف المبتاع ولزمه ما يخص تسعة وحلف البائع واخذ قيمة الثوب وان كانت قيمته مثل حصته من الثمن فأقل حلف المبتاع وبريء قال ابن عبدوس قال أشهب في القسم يتحالفان ويتفاسخان قال وانا اقول يقتسمان هذا الثوب نصفين بعد ايمانهما قال اللخمي دعوى الغلط اربعة اقسام احدها ان يعدلا ذلك بالقيمة والقرعة أو بغير قرعة فإن قال اهل المعرفة كان ذلك سواء أو قريبا فلا ينتقض القسم وصدق مدعي الوهم أو الغلط وثانيها ان يقول ا هذه الدار تكافئ تلك الدار أو العبد يكافئ ذلك العبد من غير ذكر قيمة بقرعة ام لا فكالأول لأن مقصود ذلك التعديل وعدم الرضا بالغبن وكذلك هذه الدار تكافئ هذا المتاع أو هذا العبد هذا وثالثها خذ هذه الدار والعبد وانا هذه الدار والعبد من غير تقويم وذكر مكافأة فإن كان القسم **بالتراضي** مضى القسم بالغبن كالبيع الا على من قال الغبن في البيع يرد وان اقتسما بالقرعة عالمين بالتفاوت فسد القسم لاشتمال القرعة على الغبن وفسخ قهرا وان لم يدع لذلك فإن طلبا التساوي جاز والقيام في ذلك كالعيب فإن قام به من عنده الغبن فسخت القسمة وان رضي به مضت ورابعها الإختلاف في القسمة التي وقع عليها القسم يقتسمان عشرة اثواب يقول احدهما ستة لي بالقسم ويقول الآخر بل خمسة وخمسة سلمته

---

(١) الذخيرة، ٢٣١/٧

(١) ".

" غلطا فيصدق الحائز له عند ابن القاسم مع يمينه إذا اتى بما يشبه لإقراره بدخوله في القسم والأصل عدم الغلط ولا دعائه وقوع القرعة فاسدة وتصرفات العقلاء محمولة على الصحة فيصدق مدعيها كالبيع وقال أشهب لا يمين عليه ان قال الآخر سلمته غلطا وان قال سلمته وديعة صدق مع يمينه انه قاسم خمسة وخمسة وخير الآخر بين اسلامه أو يحلف انه قاسمه ستة واربعة ويتفاسخان ذلك الثوب وحده قال ابن حبيب ان اقتسما **بالتراضي** لم ينظر الى غيره وان كثر الغلط كبيع المساومة يلزم أو بالقرعة بتعديل القسم لم يقبل قوله الا بتفاحش الغلط ويرد القسم قال اللخمي فإن اشكل القسم صدق من بيده السادس ان اقر الآخر انه سلمه غلطا أو للايداع تحالفا وتقاضى القسم كله وان حاز احدهما صدق مع يمينه فإن نكل حلف الآخر واخذه واما اختلافهما في حد الجدار فيقول احدهما الحد من هاهنا ودفع عن جانبه وقال الآخر من هاهنا ودفع الى ج انب صاحبه فقد تقدم فإن ادعى احدهما معرفة الحد وشك الآخر صدق مدعي العلم واختلف في يمينه فإن شكا قسما المشكوك فيه لعدم رجحان احدهما (فرع) قال اللخمي إن القسم ووكلا ثم ادعيا غلط القاسم أو جوره رجع الأمر الى السلطان فإن وجده علي التعديل مضى فإن رضيا بالنقض استأنفا القرعة أو **التراضي** بالقسم امتنع لانتقالهم من معلوم معين الى مجهول مستقبل وان تراضيا بالنقض ليأخذ كل واحد شيئا معينا جاز وان وجدوا على غير تعديلة نقض كان القسم برضا الورثة أو ببعثه من السلطان ولم ير مالك قسم القاسم كحكم الحاكم وان كانا معا مجتهدين فالحاكم لا ينقض اجتهاده باجتهاد غيره واختلف في نقضه هو إذا تبين الخطأ ابن القاسم ينقضه هو وغيره إذا كان خطأ

(٢) ".

" والبيع والبناء فوتا وقال في ام ولد المستحقة يأخذها وقيمة ولدها لأنه قد يميل اليها فهو احق بها وقال ايضا لا يأخذها بل قيمة ولدها وقيمتها الا ان يكون في ذلك ضرر من عار أو غيره قال ابن يونس قول ابي محمد يفوت العيب باختلاف الأسواق ليس لملك بل فوت عوضه والعوض في القسم اقامة ابن حبيب مقامه في البيع وقوله في الكتاب لا يأتي بحنطة معينة في القسم إذا اطلع على العيب بعد الطحن لعدم الإحاطة بمقداره بل يرد القيمة ويرد الآخر الطعام الذي اخذه أو مكيلته ثم يقتسمان ذلك وليس له ان يرجع بنصف قيمة العيب في حنطة صاحبه ليلا يدخله التفاضل في الطعام وقال أشهب يرد الحنطة ثم يقتسمان ذلك وحصة الآخر وعن سحنون يشتركان بقيمة الطحين في الدقيق وما بقي وحصة الآخر بينهما قال اللخمي إذا كان المعيب النصف ليس له رد السالم عند ابن القاسم في مسألة الجاريتين يستحق

---

(١) الذخيرة، ٢٣٢/٧

(٢) الذخيرة، ٢٣٣/٧

نصف ما في يد احدهما وخيره أشهب بين التمسك بالباقي أورد الجميع فإن كان العيب بايسر ما في يده له الرد عند ابن القاسم ويرجع بما ينوبه دراهم أو دنانير وجعلهما أشهب شريكين ونقض محمد القسم بالإستحقاق قل أو كثر قال وارى ان كان القسم **بالتراضي** فما قال ابن القاسم في جميع الوجوه أو بالقرعة قدم طالب نقض القسم وان قل المعيب والمستحق لأن تلك القرعة غير مشروعة وحيث له الرجوع في السالم والقسم بتراض فما قاله ابن القاسم من الفوت بحوالة الأسواق فما فوتها من تغير أو زيادة الا الديار فلا تفيتها حوالة الأسواق لأن الديار لا تطلب للتجر غالبا ولا تعرض للأسواق فلا تؤثر فيها ويفيت الجميع البيع والهبة والصدقة والحبس والقسم وإن كان القسم بالقرعة فقيل بيع والجواب كالأول وقال أشهب فلا تفيتها حوالة الاسواق ولا النماء والنقص بل البيع والحبس يفيتان لتعلق حق الغير ويرجع بالقيمة يوم القسم

---

(١) ".

" لعدم دخولهما على عدم التعديل ابتداء لنا ان التفرقة بين القليل والكثير جمع بين المدارك فتكون أولا ولو وقع في نصيب الثاني فاما يدفع المستحق قيمة البناء قائما لأنه وضعه غير متعد الا رجع الاخر بقيمة الأرض لأنه ليس بغاصب قال بن القاسم متى استحق كثير رجع بنصف قيمة ذلك فيما بيد صاحبه شريكا فيه فإن لم يفت أو يسير رجع بنصف قيمة ذلك ثمنا نفيا لضرر الشركة وان اقتسما دورا بأسهم أو **بالتراضي** فاستحقت واحدة أو وجد بها عيب وهي جل النصيب أو اكثره ثمنا انتقض القسم كالبيع وان كانت العشر رجع بنصف عشر قيمة ما بيد الآخر ثمنا ولا يرجع فيه على الإستحقاق ويردها في العيب ويرد الآخر عشر قيمة ما بيده يكون ذلك مع الدار المعينة بينهما (فرع) في الكتاب اقتسما جاريتين فاستحقت احداهما بعد الاستيلاد فلربها اخذها لأنها عين ماله وقيمة ولدها لأنه نشأ عن ماله وتخلق على الحرية فامتنع اخذ عي نه وقيمته تقوم مقامه ويرجع الشريك على صاحبه بنصف الجارية الآخر فإن فاتت بغير سوق فما فوقه فنصف قيمتها يوم قبضها وبه اخذ ابن القاسم في البيع ثم رجع مالك في البيع الى هذا ومنع اخذها لتضرر المشتري بالعار بأخذ فراشه ولكن قيمتها وقيمة ولدها قال ابن القاسم لو رضي المستحق بقيمتها ليس للولد الإمتناع على قول مالك صونا للحرية فيها وللمالية عن الذهاب

---

(٢) ".

" ويعطى قيمة ولدها وقيمتها يوم الإستحقاق لأنها لو ماتت قبله لم يلزم المبتاع قيمتها لأنه لو لزمته لكانت ملكه فلا يلزمه قيمة ولدها قال اللخمي يعود المقال بينهما في الجارية الثانية فإن كان القسم **بالتراضي** أو بالقرعة على القول

---

(١) الذخيرة، ٢٣٨/٧

(٢) الذخيرة، ٢٤٠/٧

انها بيع فعلى من هي في يديه نصف قيمتها يوم قاسم واختلف على انها تمييز حق قال بن القاسم يوم قاسم وقال سحنون يوم حملت ان كان موسرا فإن كان معسرا فعلى قول ابن عبدوس في العبد يعتق يكون على الشريك قيمته يوم التقويم يكون للشريك اخذ نصف الأمة ويتبع بقيمة نصف الولد لأنه انزله في العتق منزلة نصف قيمة المستحق ويكون له نصفه في العتق على اصله في العتق إذا كان معسرا وكذلك الأمة قال صاحب التنبيهات اختلف في قوله الا ان يكون عليه ضرر فقيل على المستحق منه وقد وقع مصرحا به في الأسدية فقال الا ان يكون في اسلامها ضرر وقاله أشهب وقيل على المستحق لأنه قد يكون يحبها أو يكون المستحق منه معدما (فرع) قال ابن يونس جعل ابن القاسم إذا اقتسما كل واحد منهما عبدا فاستحق نصف عبد احدهما رجع على صاحبه بربع عينه إن استحق نصفه ان كان قائما وإلا فربع قيمته بخلاف المبتاع يرد باستحقاق اليسير لضرر الشركة في منع السفر والوطء والفرق ان في قسم العبدين لم يبع احدهما عبدا كاملا بل ضرر الشركة كان قبل القسم قال ابن عبدوس جعل كل واحد يضمن ما بيده ان لو مات عبد احدهما واستحق الآخر لتغريمه القيمة يوم القبض كمن باع عبدا بعبد قال سحنون وهذا خلاف اصل مالك والقسم خلاف البيع لأنه لو طرأ دين لم يضمن من مات عنده قال ابن عبدوس إذا جعل له الرجوع على من مات عنده

". (١)

" ردها وحدها ورجع على شريكه في الإستحقاق بنصف قيمة ذلك مما في يد صاحبه ثم قال ابن القاسم في الدار الواحدة مخالفة في القسم للدور الكثيرة لدخول الضرر فيها في السكن والبناء وقال أشهب إذا استحق بعض نصيب احدهما اكثره أو أقله فيه مضرة ام لا رجع على صاحبه بنصف ما استحق فيما في يد صاحبه فكان شريكا به ولا ينتقض القسم إذا فات الباقي في يد المستحق منه بالبناء لا يقدر على رده الطاريء الثاني العيب وفي الكتاب إذا وجد بنصيبه عيبا وهو وجهه أو كثره رد الجميع كالبيع وابتدئ القسم وقاله الشافعي وابن حنبل قال يخير بين الأرش والنقض كالبيع عنده الا ان يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هبه أو بناء أو حبس أو صدقة أو هدم أو لا فيرد قيمته يوم القبض فتقسم القيمة مع الردود ولا تقيت حوالة الأسواق والدار كالبيع وان كان المبيع الأقل لم ينقض فإن كان سبع ما بيده رجع بقيمة نصف سبع ما اخذ ثمنا ثم يقت‌سمان هذا المعيب وكذلك لو اقتسما على **التراضي** جنسا أو اجناسا الطارئ الثالث الدين في الكتاب إذا قسم بين الورثة الحاكم لا يأخذ كفيلا بما يلحق من دين لأن الأصل عدمه فلا يلزمهم ما لا دليل عليه فإن طرا دين انتقضت القسمة بغير قاض لوقوعها غير محررة لأن الميراث بعد الدين وقال ابن حنبل لا ينتقض بطرؤ الدين لأن تعلق الدين لا يمنع تصرف الورثة كتعلق درك الجناية برقبة الجاني فإن كان صاحب الدين غائبا فاقتسموا أو جهلوا الدين أو تقديمه على القسم رد القسم حتى يوفى الدين ان كان المقسوم قائما فإن اتلف بعضهم حظه قال ابن يونس يريد أو عدم فلرب الدين اخذه من الذي بقي حظه ويتبع الوارث بقية الورثة ببقية إرثه ويضمن كل وارث ما

---

(١) الذخيرة، ٢٤١/٧

" (١) .

" الا بعد الدين فلو رجع الأخ على أخيه بقيمة نصف ما قبضه ان اقتسما **بالتراضي** رجع الغريم أخذه منه لتقديم الدين على الميراث وكذلك إذا اغترق الدين جميع الباقي وبعض الهالك لم يضمن من هلك بيده شيئا فإن اغترق بعض الحاضر والقسم بالقرعة فقال لا يرجع من استحق ذلك بيده ولا يرجع عليه وأرى ان القسم تمييز حق وهو بمنزلة ما لو قضي ذلك الدين أجنبي وقيل يرجع عليه ولا يرجع وقيل هو بيع فيرجع ولا يرجع عليه فإن كانت التركة عينا وديارا أو كان في العين وفاء بدين الطارئ قضي الدين من العين ومضي القسم في الدار ولا قول لمن اراد نقضه وان كانت عينا وعروضا وديارا وقسمت قضي الدين من العين والعروض لأنها اقرب بيعا ومن حق الغريم تبدئته بالأسرع ومضى القسم في الديار لعدم الحاجة للنقض وان اقتسموا ديارا أو عبيدا فانهدم ما اخذ احدهم أو حدث بالعبد عيب بيع جميع السالم لأنه أقرب بيعا ورجع على أخيه فق ا سمه تلك الدار والعبد على ما هو عليه من انهدام أو عيب قولا واحدا وان بيع نصف السالم فكان رد النصف الباقي وانتقال النصف افضل له وأراد رد ذلك لغرض له في الرد أو اختار التمسك لأن ذلك افضل فله ذلك على احد القولين وقيل لأخيه الرجوع عليه قال صاحب المقدمات طرؤا لغريم على الغرماء والوارث على الورثة والموصى له على الموصى لهم حكمهم سواء يتبع الطارئ كل واحد منهم بنائبه ولا يأخذ المليء بالمعدم وان كان المقسوم لم يفت منه شيء لم ينتقض القسم في المكيل والموزون لعدم الحاجة للنقض وينقض في الحيوان والعروض لما يدخل عليه من الضرر بتبعيض حقه وفي ضمان كل واحد للطارئ ما ينوبه مما قبض ان قامت البينة على التلف من غير سببه قولان وعلى الضمان

" (٢) .

" (فرع) قال ابن يونس لا يقسم القاضي حتى يثبت عنده الموت وحصر الورثة وملك الميت للمقسوم كان فيهم صغير أم لا ولا يقضي بالقسم بتقاررهم وان كانوا بالغين ولادين على الميت وكذلك غير الورثة من الشركاء ومشهور الشافعية مثلنا ولهم القسم بإقرارهم ويكتب لهم القسم بقولهم وقال ح بالقول الثاني في غير العقار وفي العقار ان نسبوه الى غير وارث فإن نسبوه الى ارث فلا بد من البينة لاعترافهم بأنه انتقل من يد الغير ونحن لا نعلم صحة تلك اليد ولا صحة قولهم للميت لاعترافهم حتى يثبت موته اما إذا اقتصروا على يدهم فاليد ظاهرة في الملك فتكفي وجوابه ان اليد قد تكون بإجارة فيتصرف الحاكم في أموال الناس بغير مستند شرعي وهو فساد عظيم وقال ابن حنبل لا يشترط الثبوت الا في قسم الجبر لأنه حكم والحكم بالجبر يعتمد مستندا شرعا (فرع) في الكتاب إذا لم يرض أحدهم بما خرج لزمه لأن قسم القاسم كحك م الحاكم لا ينتقض وان كره الخصوم وان قالوا غلطت أو لم تعدل أتم قسمه ونظر الامام فإن وجده صوابا والا رده ولم ير مالك قسم القاسم كحكم الحاكم قال صاحب المقدمات القسم من العقود اللازمة إذا وقع

---

(١) الذخيرة، ٧/٢٤٤

(٢) الذخيرة، ٧/٢٤٨

فيما يجوز قسمه على **التراضي** أو القرعة بوجه صحيح ولا ينقضها أحدهم ولا يرجع عنها (فرع) في الكتاب إذا ورثا نخلا وكرما لم يعرفاه أو عرفه أحدهما لم يجز **التراضي**

---

(١) ".

" يأخذ احدهما والآخر الا ان يوصفا لهما لأن هذا بيع يمنعه الغرر ويجوز قسم الدار وصفت لهما لجوازها بيعا فأولى القسم لجوازه بالقرعة ويمتنع شراء ما تخرجه القرعة قال ابن يونس قال سحنون لا يقسم الا **بالتراضي** ليلا ينضم غرر الغيبة لغرر القرعة بخلاف البيع فيه غرر واحد والقسم يعتمد التقويم فكيف يقوم بالبلد البعيد وقد تكون السوق حالت أو انهدمت (فرع) في الكتاب يجوز اشتراط الخيار في القسم فيما يجوز فيه البيع وكثرة الخيار وقلته وهو لازم ويبطل بالتصرف كالبيع (فرع) قال دار داخلها لقوم وخارجها لقوم وللداخلين الممر فاراد الخارجين تحويل الباب الى ما لا ضرر على الداخلين معه لقربه فذلك لهم وان بعد منعوا ولهم منعهم من تضييق الباب نفيا للضرر ولو قسم الداخلون فأراد اهل كل نصيب فتح باب لنصيبه الى الخارجين منعهم الخارجون الا من الباب الأول قال ابن يونس منع سحنون تغيير الباب مطلقا إلا منعهم الأبواب كان الحائط الذي تغلق فيه الأبواب لهم أو للخارجين لأنه خلاف ما وقعت عليه القسمة (فرع) في الكتاب إذا اقتسما كل واحد طائفة من الدار فمن صارت له الاجنحة فهي له ولا تعد من الفناء وان كانت في هواء الأفنية بل تعد من البناء لأنه في معناه وفناء الدار لهم اجمعين يرتفقون فيه

---

(٢) ".

" (فرع) قال إذا اقتسموا الدار وتركوا الساحة مرتفقا فكل واحد أولى بما بين يدي باب بيته ولا يطرح حطبه ولا علف دوابه بين يدي باب غيره ان كان في الدار سعة وان وقع بعد ذلك جاز الا ان يضر (فرع) قال إذا اقتسموا الفناء والساحة رفعوا الطريق ولا يعرض فيها أحدهم لصاحبه لأنها من المصالح العامة وان اقتسموا على ان يصير كل واحد بابه ناحية أخرى ولا يدعوا طريقا بتراض جاز لأنه حقهم وان اقتسموا البناء ثم قسموا الساحة ولم يذكروا رفع الطريق فوقع باب الدار في حظ احدهم ورضي فإن لم يشترطوا في القسم ان طريق كل حصة فيها الطريق بينهما على حالها لانه العادة ومالك باب الدار لمن وقع في نصيبه ولباقيهم فيه الممر لأنه عادتهم لم ينقضوها بشرط فإن اقتسموا الساحة وهي واسعة يقع لكل واحد ما يرتفق به ولا يخرج الا من باب الدار واختلفوا في سعة الطريق جعلت سعة الحمولة قال ابن يونس قال ابن حبيب إذا لم يذكروا الطريق عند القسم أعيد القسم على معرفة مخرج كل سهم وما لم يشترطوا قطع الطريق لأن القسم حينئذ ليس من قسم الناس وكذلك لو اقتسموا دارا بتراض بلا سهم أو به فصار مجرى مائها في نصيب

---

(١) الذخيرة، ٢٥٧/٧

(٢) الذخيرة، ٢٥٨/٧

احدهم قال اللخمي إذا لم يكن لأحدهم مكان يفتح فيه امتنعت القسمة بالقرعة **وبالتراضي** الا على بقاء الطريق لانها قسمة المسلمين (فرع) في الكتاب إذا تراضيا بأن لأحدهما دبر الدار وللآخر مقدمها على عدم

---

(١) ".

" (فرع) في الجواهر إذا باع بعض حصته لا يأخذ مع الشريك بالشفعة لأن بيعه رغبة في البيع وانما الشفعة للضرر وكذلك لو باع السلطان بعض نصيبه في دين وهو غائب ثم قدم لأن يده كيده قال ابو محمد لو باع شقصه ثم باعه المشتري له الشفعة لأنه بيع ثان فلعله يرضى بالمشتري الأول دون الثاني الركن الثاني المأخوذ وفي الجواهر لا شفعة في غير الدور والأرضين والنخل والشجر وما يتصل بذلك من بناء أو ثمرة ولا شفعة في دين ولا حيوان ولا سفن ولا بز ولا طعام ولا عرض ولا غيره انقسم ام لا وقاله ش و ح لما في الصحاح قضى & بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وهو يدل بالمفهوم على عدم الشفعة في المنقولات لتعذر الحدود والطرق فيها ولقوله & في مسلم الشفعة في كل شرك لم يقسم ربع أو حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه الحديث والمبتدأ يجب انحصاره في الخبر فلا تشرع في الم نقولات قال ابن يونس عن مالك الا ان يبيع الدين من عدوه أو نحوه فهو احق لنفي الضرر ولأن المكاتب احق بما يباع من كتابته وعنه & الذي عليه الدين احق بما بيع من مشتريه قال مالك هو احق من غير قضاء عليه قال اللخمي اختلف في الشفعة في اثني عشر موضعا فيما لا يجوز **التراضي** بقسمه كالنخلة الواحدة والشجرة وفحل النخل إذا بيع مفردا وما لا يحمل القسم الا بضرر كالحمام والدار الصغيرة وفي الساحة والطريق والجدار وان حمل القسم إذا بيع بعد قسم الأصول وفي الأنقاض إذا بيعت بغير ارض وفي الماجل والبئر والعين إذا لم يكن عليها جباة وقسمت أو بيعت مفردة وفي الثمار إذا بيعت مع

---

(٢) ".

" الصورتين ويشبه ذلك بيع شقص فيه شفعة وشقص عند معتق بعضه والمعتق موسر وقال ش و ح لا شفعة في البناء والغرس إذا بيع وحده لأنهما يصيران من باب المنقولات كالعروض والفرق ان هذه تبع لما فيه الشفعة فأعطيت حكم متبوعاتها بخلاف العروض (فرع) في الكتاب بينهما ارض ونخل لها عين فاقتسمتا الأرض والنخل ثم باع احدكما نصيبه من العيد فلا شفعة وكذلك البئر لما جاء لا شفعة في بئر وان لم يقتسموا وباع احدهم حصته من العين أو البئر خاصة أو باع حصته من العين والأرض معا فقيه الشفعة تبعا ويقسم شرب العين بالقلد وان كان بينهما ارض ونخل فاقتسما الأرض خاصة فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر من النخل لأن القسم يمنع الشفعة وان اشتريت نخلة

---

(١) الذخيرة، ٢٥٩/٧

(٢) الذخيرة، ٢٨٠/٧

في جنان رجل فلا شفعة لرب البستان لانه ليس شأنها القسم فائدة في التنبيهات القلد بكسر القاف وسكون اللام القدر الذي يقسم بها الماء قاله الأكثرون وقال ابن دريد هو الحظ من الماء يقال سقينا ارضنا قلدنا أي حظنا وقال ابن قتيبة هو سقي الزرع وقت حاجته وقد تقدم بسطه في كتاب القسمة وفي النكت قال بعض الشيوخ انما يصلح قسم النخل دون الأرض إذا اقتسماه على **التراضي** مع مواضعها من الأرض ويترك ما بين النخل شائعا والا فلا لأن افراد النخل بالقسم لا يصح في مذهبه قال ابن يونس في العتبية عن مالك الشفعة في الماء الذي يقتسمه الورثة بينهم بالأقلاد وان لم يكونوا شركاء في الأرض والحوائط واهل كل قلد يتشافعون بينهم دون أشراكهم نظرا للقسمة وقوله

---

(١) ".

" مسلم إلا عن طيب نفسه والمشتري لم تطب نفسه وبقول عثمان رضي الله عنه لا شفعة في نهر ولا نخل ولا مخالف له فكان إجماعا وقياسا على النخلة الواحدة ولأن الشفعة إنما وجبت حيث يرتفع الضرر عن البائع وهاهنا لا يقدر على اخذ الثمن من الشريك كما يريد ولا من الأجنبي لعلمه بأنه يؤخذ بالشفعة ولا يتمكن من القسمة بخلاف ما ينقسم يتمكن من القسمة ولأن الشفعة وجبت لضرر القسمة وهذا لا ينقسم فلا شفعة والجواب عن الأول أن هذا لم يقسم فتجب فيه الشفعة وهذا عندنا يقسم **بالتراضي** إنما الذي لا يقسم كالجريدة والنخلة التي تؤدي إلى إفساد ولو تراضيا كانا شفيعين والجواب عن الثاني أن عدة من الصحابة رضي الله عنهم خالفه والجواب عن الثالث أن الشقص مال للشفيع لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم والجواب عن الرابع الفرق أن النخلة لا تنقسم **بالتراضي** بخلاف الحمام والجواب عن الخامس انه قائم فيما إذا كان ينقسم بمدافعة الشريك في القسمة فيضطره للبيع بالبخس أو كان الحاكم يرى الشفعة للجار والجواب عن السادس أن سبب الشفعة ضرر الشركة وهو موجود ونقول الحكم معلل بعلتين فايتهما وجدت ترتب الحكم (فرع) في الكتاب إذا ابتاع نخلا ليقلعها ثم ابتاع الأرض فاقر النخل ثم استحق

---

(٢) ".

" شاء لم يجز بيع حصته و أخذها وسلم واخذ الشفعة وقاسم شريكه بقية الدار ويخير المبتاع في التمسك أو الرد فترجع الدار بين الشريكين كما كانت وان شاء جعل بيع شريكه وأمضى ذلك ولا شفعة وان شاء فسخ بيع شريكه كله وقاسمه لأنه يقول أدخل البائع على مقاسمة بعض الدار دون بعض إذ لم آخذ بالشفعة ولم ارض شركة من باع منه وله أن يقول أنا أقاسم هذا ثم أقاسمك ايها الشريك فأؤدي اجرة القاسم مرتين وهو ضرر ولكن افسخ واقاسمك مرة واحده وقد تكون تنقسم اثنين ولا تنقسم أربعة إلا بضرر وقال سحنون إذا لم يجز بيع نصيبه ولا جاز بيع نصيب شريكه

---

(١) الذخيرة، ٧/٢٨٥

(٢) الذخيرة، ٧/٢٩١

ولا أخذ بالشفعة فليس له فسخ البيع حتى يقاسم شريكه البائع الدار نصفين فإن وقع ما باع في سهم البائع نفذ البيع وإلا انتقض وكذلك قال أشهب في بيع أحدهما بيتا من الدار بعينه أو بيع حصته من فحل النخل ولا سلم ولا أخذ بالشفعة ولا سلم بيع نصيب شريكه كما باع فلا يفسخ حتى يقاسمه شريكه لأن فحل النخل ينقسم معها وقد يقع في القسم لأحدهما قال أشهب و أما لو باع نصيبه من حصة الدار فله إذا امتنع بما ذكرنا الفسخ قبل المقاسمة لأن العرصة لا تنقسم إلا **بالتراضي** وبيع الشريك نصيبه قسمة فان رضي شريكه نفذه له وان شاء أخذه بالشفعة وان شاء فسخ بيعه قال أشهب وبيعه لنصيبه من بئر الأرض أو غلتها فليس للآخر فسخ إنما له الشفعة أو تركها أو بيعه جائز لأنها لا تنقسم مع الحائط ولا تصير في أحد النصفين بل تترك بعد القسمة يقسم ماؤها بالقلد وأما إن باع أحدهما شرب يوم أو اقل فلصاحبه الشفعة إن أجاز بيعه وله رد بيعه إن كانت الأرض تحتاج للبئر لأنه ليس في يومين أو ثلاثة ماء يقسموا فيه الأرض فيبقى في ذلك شرب من ماء هذا خاصة وفي النوادر قال عبد الملك ومطرف إذا باع نصيبه من الأرض معينا وفي شركائه حاضر أو غائب أو صغير أو المبتاع يظن انه باعه حقه وحده فلم

". (١)

" للغاصب فليس لك أن تأخذ القمح قمحا وشعيرا وقد يقال : التضمين لكما فإذا رفعتما التضمين فلكما القسم بالكيل **والتراضي** قال ابن يونس : إذا بيع المختلط ورضيا بقسمة الثمن جاز وإن اختلفا فمن شاء أخذ حصته من الثمن أخذها ويشتري الآخر بحصته طعاما ومن رضي بالثمن لم يتبعه بما بقي ولا يجوز اقتسامكما المختلط على قيمة الطعام وعلى قدر كل واحد منكما يجوز إن رضيتما قاله محمد وقاله أشهب أيضا وقال : يقسمان بالسواء إذا كانت مكيلتهما واحدة ويمتنع اقتسامكما على القيم لدخول التفاضل في الطعامين وجوزه ابن القاسم وهو مذهبه في المدونة ومنعه سحنون مطلقا لأنك لو اتبعت بمثل طعامك لم يكن للآخر أن يقول : أنا آخذ من هذا الطعام مثل مكيلتي لأنه ليس بعين طعامه ولا لكما أخذ المختلط كمن غصب خشبة وغصب نجارا عملها بابا لم يكن لهما أخذ الباب هذا بقيمة الخشبة وهذا بقيمة العمل قال أشهب : لو أودعه هذا جوازا وهذا حنطة فخلطهما ثم تلفا لم يضمن شيئا للقدرة على التخليص من غير ضرر على القمح ولا على الجوز إلا أن يكون أحدهما يفسد الآخر وقال (ش) : إذا خلط الزيت بأفضل منه أو مثله خير بين الدفع لك من المخلوط أو مثل زيتك من غيره أو بدونه خيرت أنت لأن الخلط إتلاف قال بعض أصحابه وهو مشكل لأنه لم يمكن أن يقال : ملك الغاصب تلف بالخلط فلا يملك بذلك قال : وكذلك خلط الدقيق بالدقيق قال : فإن خلط الزيت بالبان أو بغير جنسه تعين ضمان المثل وكذلك لو خلطه بسويق بخلاف القمح بالشعير تحت لفظه لأنه ممكن وقال (ح) : خلط الطعام بمثله يوجب الخيرة بين الشركة وتضمين المثل وقال ابن حنبل : خلط القمح بالشعير يوجب التمييز بينهما أو بمثله رد مثله أو بدونه وأجود منه فشريكان بياع ويدفع الثمن لهما

---

(١) الذخيرة، ٣١٦/٧

أو بما لا قيمة له كالزيت بالماء وتعذر تخليصه فمثله قال صاحب النوادر : لو خلط زيتا بسمن أو سمنا ب ع سل أو سمن بقر بسمن غنم : قال

". (١)

" غرض آخر فلا يظلم وإن كان ما أخرجه الغاصب من ماله لأن الصبغ ونحوه غرض آخر فلا يظلم وإن كان ما أخرجه الغاصب لا عين له كالخياطة ونحوها أخذه بغير غرم كالبياض والتزويق وإن كان الغاصب قد غير تغييرا بعيدا حتى زال الاسم بمؤنة كثيرة كجعل الخشبة أبوابا فهو فوت وتتعين القيمة ولا شيء لك فيها ونسج الغزل يجعله كالخشبة تعمل تابوتا ويشبه أن يكون كخياطة الثوب لأنه لا قيمة له إذا أزيل قال ابن يونس قال أشهب لك أخذ الدقيق ولا شيء عليك في الطحن وعن ابن القاسم لو طحنها سويقا فلته فلك أخذ السويق ويباع وفيشري لك من ثمنه مثل حنطتك ويجوز لك أخذ السويق ملتويا في الحنطة إذا رضيتما لجواز بيع الحنطة بالسويق متفاضلا ولو غصب سويقا فلته اتبع **التراضي** لدخول التفاضل بين الطعامين وعن أشهب إذا طحن الحنطة ولتها سويقا ليس لك أخذها لزوال الإسم بسبب البعد قال اللخمي وأرى التخيير بين تضمين القيمة يوم الصبغ أو يوم الغصب أن كانت القيمة يوم الصبغ أكثر وهو أحد قولي ابن القاسم وعن ابن القاسم ليس للغاصب إلا قيمة ما زاد الصبغ وفي المدونة قيمة الصبغ نفسه فإن نقصه الصبغ غرم ما نقص وقال ابن مسلمة إن نقصه الصبغ غرم النقص وإن زاد لم يكن له فيه شيء إلا أن يكون إذا غسل خرج منه شيء له قيمة فيخير صاحبه بين بين إعطاء الثوب بغسله أو قيمة ما يخرج منه وعلى قول عبد الملك لك أخذه بغير شيء إذا كانت النفقة في الصبغ يسيرة وإلا أعطاه قيمة ذلك أو ضمنه أو يكونان شريكين وقول أشهب وابن مسلمة أصوب لاتفاقهم في الجص والتزويق أن لا شيء له وإن زاد في قيمة الدار كثيرا وفكذلك الصبغ وإن صبغه المشتري من الغاصب خيرت بين تغريم الغاصب القيمة يوم الغصب أو يوم البيع أو يجيز البيع ويأخذ الثمن لأنه

". (٢)

" الأرض لعدم المرجح وهو هاهنا ولأن في الاستسعاء ضررا على العبيد بالالزام وعلى الورثة بتأخير الحق وتعجيل حق الموصى له والقواعد تقتضي تقديم حق الوارث لأن له الثلثين ولأن مقصود الموصي كمال العتق في العبد ليتفرغ للطاعات والكسب وتجزئة العتق تمنع من ذلك وقد لا يحصل الكمال أبدا احتجوا بقول النبي & لا عتق إلا فيما يملك ابن آدم واحد جاز والبيع يلحقه الفسخ والعتق لا يلحقه الفسخ فأولى لعدم القرعة لأن فيها تحويل العتق ولأنه لو كان مالكا لثلثهم فأعتقه لم يجمع ذلك في اثنين منهم والمريض لم يملكه غير الثلث فلا يجمع لأنه لا فرق بين منع

---

(١) الذخيرة، ٣٢٣/٨

(٢) الذخيرة، ١٢/٩

التصرف وعدم الملك في نفوذ العتق ولأن القرعة في جميع الحقوق إنما تدخل فيما يجوز **التراضي** عليه لأن الحديث حال الصحة لما لم يجز **التراضي** على اسقاطها لم تدخل القرعة فيها وقسمة الأموال يجوز **التراضي** فيها فدخلت القرعة فيها والجواب عن الأول أن العتق م ا وقع إلا فيما يملك وما قال العتق في كل ما يملكه فإذا نفذ العتق في عبدين وقع العتق فيما يملك وعن الثاني أنه قضية في عين لتمهيد قاعدة كلية كالرحم وغيره ولقوله & حكمي على الواحد كحكمي على الجماعة وعن الثالث لو كان العتق شائعا لبطلت القرعة واتفاقهم في القيمة

". (١)

" قال اللخمي على القول بجبر قاتل العمد على الدية هي حالة في ماله وكذلك **التراضي** عليها إلا أن يشترط الأجل وفي الموازية هي كدية الخطأ في قال مالك والمغلظة على الجاني وعنه على العاقلة (يبدأ بمال الجاني فإن لم يكن مال فالعاقلة وقال محمد على العاقلة) معجلة وقال ابن القاسم عليها منجمة ثم رجع فقال عليه معجلة والعمد الذي لا قصاص فيه كقتل المسلم نصرانيا على العاقلة على أحد القولين وهل تكون منجمة أو حالة كالمغلظة وفي الجواهر يحسب الحول من يوم الحكم قال العراقي في تعليقه قال الأهري من يوم القتل وقاله (ش) وبالأول قال (ح) كالعنين (ووافقنا (ش) في التنجيم في ثلاث سنين) وقال (ح) إلى العطاء لنا أن رسول الله & قضى بها في ثلاث سنين وقاله عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم من غير مخالف وقال (ش) يحمل الغني نصف دينار (والمتوسط ربع دينار ولأن الشرع أوجب على الغني في ال زكاة نصف دينار) ويناسب أن المتوسط نصفه وقال (ح) من ثلاثة إلى أربعة لأن هذا هو الذي لا يجب لنا على عدم التحديد أن رسول الله & لم يحددها وكذلك أصحابه بعده رضي الله عنهم الركن السادس في تغليظها في الموطأ أن رجلا من مدلج يقال له

". (٢)

"مع **التراضي** فيندب تقديم الابن الحر أو زائد الفقه ولا عقوق بذلك .

(قوله : أي : يندب تقديم الأعدل) أي : إلا أن يكون العدل زائد فقه .

(قوله : وهذا أولى من كلام ابن غازي) أي : الذي هو قوله : ويحتمل أن يريد بالعدل الأعدل .

(قوله : لا يقابل بالمجهول) أي : لجواز أن يكون المجهول عدلا .

---

(١) الذخيرة، ١٧١/١١

(٢) الذخيرة، ٣٩٦/١٢

(قوله : ليس نقيضا) ولا مساويا للنقيض مثال النقيض كما إذا قلت : الموجود إما قديم أو ليس بقديم ومثال المساوي : الموجود إما قديم أو حادث .." (١)

"(ص) وللوارث القسم ولو ذبحت (ش) أي إذا دعا بعض الورثة إلى قسم الأضحية فإنه يجاب إلى ذلك ولو ذبحت وتقسم على المواريث كما هو في سماع عيسى وصوبه اللخمي وقيل على قدر ما يأكلون والذكر والأنثى والزوجة سواء وجواز القسمة بالقرعة مبني على أنها تمييز حق ولذلك لا تجوز القسمة **بالتراضي** لأنها بيع .

(قوله وقيل على قدر ما يأكلون) هذا ضعيف كما يعلم بالاطلاع على كلامهم (قوله مبني على أنها تمييز حق) خلافا لما في كتاب محمد القائل بمنع قسمها بناء على أن القسمة بيع والحاصل كما يستفاد من بهرام أنها إذا ذبحت فإن لورثته قسمة لحمها وهو قول مالك من رواية مطرف وقال في كتاب محمد يمنعون من ذلك ومنشأ الخلاف هل قسمة القرعة تمييز حق أو بيع وأما قسمة **التراضي** فبيع وحيث كانت قسمة قرعة فتجزئ على قدر أقلهم نصيبا فإذا كان ابن وأم وأب فتقسم ستة أقسام ويضرب القرعة على ذلك أي فتقسم كما لو كان الورثة أبا وابنا وأما ستة أقسام بوضع ست أوراق .." (٢)

"(باب الجزية) (قوله على قتال الكفار) أي طالب قتال الكفار حصل قتال بالفعل أم لا فظهر قوله أتبعه (قوله من المجازاة) مفاعلة تقتضي الجزاء من الجانبين وذلك أن الجزاء منا تأمينهم ومنهم الجزية وقوله والجزاء أي ما يجازى به كالجزية (قوله وقيل إنها) أي الجزية (قوله إذا قضى) أي إذا أدى فهو مغاير لما قبله (قوله أي لا تقضى) أي تؤدى (قوله الجزية العنوية) أي .

وأما الصلحية فهي ما التزم كافر منع نفسه أداءه على إبقائه ببلده تحت حكم الإسلام حيث يجري عليه وقوله منع نفسه جملة من فعل وفاعل ومفعول وقوله أداءه مفعول التزم وقوله تحت حكم الإسلام مقتضاه أن **التراضي** منهم على ترك المقاتلة بمال مع عدم كونهم تحت حكم الإسلام لا يكون جزية صلحية وسيأتي في تعريف المهادنة ما يفيده انتهى من شرح شب وقوله لا منه إلخ خرجت الصلحية كما قال في ك لكن قد علمت من تعريف الصلحية اشتراكهما في بقاء الكافر تحت حكم الإسلام فانظر ذلك وقوله وصونه أي حفظه تفسير وقوله باستقراره أي على الدوام ليخرج الحربي إذا دخل بأمان لقضاء مصلحة (قوله والي المعقود عليه) فيه أن الكافر عاقد كالإمام .

وأما المعقود عليه فهو السكنى والمال نظير ما قيل في البيع ، واعلم أن الجزية ينتهي حكمها إلى نزول سيدنا عيسى عليه السلام ثم لا يقبل إلا الإيمان لفيض المال وعدم النفع به حينئذ وإنما يقبل الإيمان (قوله عقد الجزية) لا يخفى أن الجزية قد عرفت أنها المال." (٣)

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٤/٥

(٢) شرح خليل للخرشي، ٩٤/٩

(٣) شرح خليل للخرشي، ١٢٤/١٠

"(قوله سك) يؤخذ منه أن الدراهم والدنانير يمكن استحقاقها والشهادة على عينها وهو نص المدونة (قوله أو مصوغ مطلقا) لقائل أن يقول كون غيره لا يقوم مقامه ظاهر بالنسبة إلى عدم لزوم المستحق منه غيره ، وأما إن تراضيا بالحضرة على غيره فلم لا يقال بجوازه وكان الصرف وقع عليه ، والجواب إن أخذ عوض ما وقع عليه بعد استحقاقه بمثل من عقد ووكل في القبض (قوله ينقض على المشهور) أي إذ لا يلزمه غير ما عين ومقابله أنها لا تتعين وهذا الخلاف في المعين (قوله كان استحقاقه بحضرة العقد إلخ) فيه نظر كيف يتأتى عدم التعيين في المصوغ إذ لا بد من تعيينه وتدل عليه عبارة ابن عرفة أفاده محشي تت (وأقول) وكذا قول شارحنا والمصوغ يراد لعينه (قوله وقيل غير مقيدة إلخ) ، وذلك لأن استحقاقه نادر الوقوع فلذا خير بخلاف العيب في المعين إذ الضرر فيه على البائع أقوى .

(تنبيه) : ما ذكره المصنف في استحقاق الكل ، وأما إن استحق البعض فيجري على استحقاق بعض المثلي الآتي في قوله وحرم التمسك بالأقل إلا المثلي ، وينقض ما يقابل ذلك (قوله : وأما غير المعين) رده محشي تت فقال إن الصحة عند ابن القاسم بالحضرة مطلقة في المعين وغيره ، وكذا التردد في قوله وهل إن تراضيا فتخصيص س له بالمعين وأن غير المعين لا يشترط فيه التراضي فيه نظر لمخالفته لكلامهم (قوله وإلزامه للمصطرف) هذا هو المعتمد وقوله الآتي لكن المستحق إلخ الذي هو مناف لذلك فضعيف." (١)

"ولما أنهى الكلام على العيبين المتوسط والخفيف شرع في المفيت فقال (ص) والمخرج عن المقصود مفيت فالأرش (ش) أي والتغير الحادث عند المشتري المخرج عن المقصود من المبيع بذهاب المنافع المقصودة منه مفيت للرد سواء كان البائع مدلسا أو غير مدلس فالواجب التماسك بالعيب القديم ، والأرش واجب على البائع للمشتري فقوله والمخرج أي والتغير المخرج لأن كلام المؤلف في التغير ، وتقدير الموصوف بالعيب فاسد لأن كبر الصغير ليس عيبا ، وقوله فالأرش أي فيتعين الأرش عند التنازع ، وأما عند التراضي فعلى ما تراضيا عليه ، وطريق الأرش أن يقوم سالما ومعيبا ، ويأخذ من الثمن النسبة ثم أخذ في أمثلة المفيت بقوله (ص) ككبر صغير ، وهرم وافتضاض بكر ، وقطع غير معتاد (ش) يعني أن العيب الحادث المفيت عند المشتري الموجب للرجوع للأرش ككبر الصغير ، وهرم الكبير ، وهو أن يضعف عن المنفعة المقصودة منه ، ول ا يمكنه الإتيان بها ، وظاهره عمومه في العاقل وغيره ، وهو واضح ، ويدل عليه التعليل بأن الصغير جنس ، والكبير جنس ، وتقييد الزرقاني ذلك بغير الإبل ليس في كلامهم ، ومنها افتضاض بكر كما قاله ابن راشد في كتابه المذهب في تحرير المذهب ، وهو خلاف قول مالك أنه من المتوسط ، وقيد الباجي قول مالك بالعليا ، وأما الوخش فلا ينقصها بل يزيدها ، ومنها القطع الغير المعتاد ، وسواء كان البائع مدلسا أو غير مدلس كتفصيل شقة القطن والكتان قلنسوة أو الثوب الصوف." (٢)

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٤٠٦/١٤

(٢) شرح خليل للخرشي، ٣٦٦/١٥

"إلا بعد التقويم) أي تقويم العرض الذي وقع ثمنا فإن قلت إذا كانت العلة في جواز التماسك بالسليم الفائت حيث كان الثمن مثليا أو غيره وفات عدم الجهل مما ينوب السليم فيجرى ذلك فيما إذا كان السليم باقيا والثمن مثلي أو غيره وفات ، فالجواب أن العلة أي علة الجواز ليست هي عدم الجهل بما ينوب السليم فقط بل هي هذا وكونه لا فائدة في أخذ عين ورد عين ، والحاصل أن علة الجواز لم توجد فيما إذا كان الثمن عرضا لم يفت أو فات والسليم باق فلذا حكم بالمنع فيهما فإن قلت علة المنع موجودة ، ولم لم يكن المعيب الأكثر ، والجواب أن السليم بمنزلة الصحيح والصحيح يغلب الفاسد ما لم يكن الفاسد أكثر فإن قلت العرض لا بد من تقويمه كان قائما أو فائتا فالجهالة موجودة مطلقا قلت يجاب بأنه لما تلف نظر لقيمته حالا ، وصار بمثابة ما إذا بيعت بعين وإن كان لا بد من التقويم (قوله لما في ذلك من الفساد إلخ) فيه بحث لأن **التراضي** على الرد في أحد السوارين والقرطين ليس فيه فساد بخلاف نحو العين .." (١)

"(قوله ما لم يضر بالآخر) أي بأن يكون السقي إن كثر نفع الأصل ، وضر الثمرة وإن قل نفع الثمرة ، وضر الأصل (قوله أي لكل إلخ) هذا على ما في توضيحه عن شيخه وابن رشد (قوله والثمر للآخر) أما إذا كان الثمر للبائع كله فالأمر ظاهر مما تقدم ، وأما إذا كان الثمر للمشتري أو بينهما ، والأصول للبائع فلا يكون ذلك إلا بعد بدو الصلاح فهو خارج عن الموضوع ، وقوله أو لكل إلخ هذا على ما لابن عبد السلام (قوله أو لكل إلخ) هذا هو الذي يناسب الموضوع (قوله ما لم يضر سقي المشتري إلخ) هذا إنما يأتي على التقرير الأول ، ولا يعقل إلا في الشراء بعد بدو الصلاح (قوله أو ما لم يضر سقي البائع بأصل المشتري) يناسب الثاني (قوله وأما مع المشاحة) لأن المصنف قال في القسمة وسقى ذو الأصل كبائعه المستثنى ثمرته حتى يسلم ، والحاصل أن هذا الحل للزرقاني قال عج ، ويبعده قوله ما لم يضر بالآخر قال عب بل لا بعد فيه حيث يحمل على عدم الضرر مع **التراضي** أي أنه يحمل على **التراضي** عند انتفاء الضرر أي إذا انتفى الضرر فعند **التراضي** لكل السقي ، وعند المشاحة يقضى على البائع بالسقي." (٢)

"جلد ميتة دبغ بمثله كما عند المؤلف ؛ لأن ذلك معاوضة على نجس وكذلك لا يجوز قرض جلد الأضحية وحينئذ فالقاعدة مطردة منعكسة وعلى جواز قرض جلد الميتة المدبوغ ، ومثله جلد الأضحية فلا انظر الشرح الكبير ولما كان السلم في الجواري جائزا ، ولا يجوز قرضهن أخرجهن بقوله (ص) إلا جارية تحل للمستقرض (ش) ، أي : فلا يجوز قرضها لما في ذلك من عارية الفروج ولذلك انتفى المنع فيما إذا اقترض الولي للصبي الذي لا يتأتى منه الاستمتاع وكذا في الصبية التي لا تشتهى لعدم الاستمتاع من الأول ولكون الاستمتاع بالثانية كالعدم ، ومثل الصبي في الجواز الشيخ الفاني ، والمرأة ، والمحرم (ص) وردت إلا أن تفوت بمفوت البيع الفاسد فالقيمة (ش) يعني فإن وقع أنه استقرض جارية يحل له وطؤها فإنها ترد وجوبا إلا أن تفوت عند المستقرض بما يفوت به البيع الفاسد من حوالة سوق

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٣٨١/١٥

(٢) شرح خليل للخرشي، ٥٣/١٦

فأعلى فإنه يلزم المقترض حينئذ قيمته ا يوم القبض ، ولا ترد (ص) كفاسده (ش) ، أي : كفاسد البيع ؛ لأن القرض إذا فسد يرد إلى فاسد أصله وهو البيع لا إلى صحيح نفسه ، وإلا رد المثل ، والغيبة التي يمكن فيها الوطء فوت ، ولا يجوز **التراضي** على ردها ظن به الوطء أم لا وطئ أم لا وليست عوضا عما لزمه من القيمة ". (١)

"والخصوص (قوله : يرد إلى فاسد أصله وهو البيع) فيعطى القيمة إن كان مقوما ، والمثل إن كان مثليا وأفاد المصنف حينئذ أن القيمة تعتبر يوم القبض كالبيع الفاسد (قوله : وهو البيع) وجه كونه أصلا أن كلا منهما دفع متمول في عوض وإن كان في البيع مشاحة وفي القرض تفضلا كذا في عب وانظره فإنه لا يقتضي كون البيع أصلا للقرض لجواز أن يعكس فالأحسن أن يقال وجه كون البيع أصلا أن الأصل دفع المال في عوض على وجه المشاحة وقوله لا إلى صحيح نفسه ، أي : فيعطى المثل (قوله : والغيبة التي يمكن فيها الوطء) ، والمعتمد أن الغيبة عليها لا تمنع الرد خلافا للشارح التابع لتت ، والحاصل أن الفوات إن كان بالوطء تحقيقا ، أو ظنا كالغيبة كما قال الشارح فلا يجوز **التراضي** على ردها ، وأما إذا كان بحوالة سوق ونحوها فيجوز تراضيهما على ردها عوضا عن القيمة التي لزمت بخلاف ما إذا فاتت بالوطء فلا ترد وتقول إنها عوض عما لزمه من القيمة ؛ لأنها لا تصح حينئذ أن تكون عوضا عن القيمة (قوله : ليست عوضا) ، أي : لا نقول إنها عوض عما لزمه حتى يصح ردها .." (٢)

"(ص) وقوم مخالف النقد يوم الحصاص واشترى له منه بما يخصه (ش) يعني أن المفلس إذا كانت عليه ديون مختلفة لأحد غرمائه مائة درهم ولأحدهم عرض ولأحدهم طعام مثلا فإن ما خالف النقد من مقوم ، أو مثلي يقوم يوم قسم المال وهو مراده بيوم الحصاص فإذا كانت قيمة الطعام مائة درهم وقيمة العرض كذلك ومال المفلس مائة فإنها تقسم بين الغرماء أثلاثا فيأخذ صاحب النقد ثلث المائة ولكل من صاحبي الطعام ، والعرض كذلك فيعطي لصاحب النقد منابه ويشتري لصاحب العرض مما نابه من صفة عرضه ولصاحب الطعام كذلك وإليه أشار بقوله واشترى له أي لصاحب مخالف النقد منه ، أي : من جنس ماله وصفته بما يخصه في الحصاص من مال المفلس وهذا من المشاحة ، وأما مع **التراضي** فإنه يجوز أخذ الثمن ما لم يمنع مانع من ذلك كما يأتي (ص) ومضى إن رخص ، أو غلا (ش) لما قدم أنه يشتري للغريم بما نابه في الحصاص مثل ماله من عرض وطعام ذكر هنا أنه لو لم يحصل شراء للعرض ، والطعام حتى رخص السعر فاشترى له بما خصه نصف الطعام ، والعرض الذي على المفلس ، أو ما يوفي دينه كما لو كان له على المفلس عشرة أرادب ، أو عشرة ثياب فنابه ثلث قيمة ذلك وهو ثلاثة وثلاثون وثلث من المائة المقوم بها

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٢٩٧/١٦

(٢) شرح خليل للخرشي، ٣٠٠/١٦

فلم يشتر له بذلك حتى رخص السعر فاشترى بذلك خمسة أرادب ، أو خمسة ثياب ، أو عشرة فإنه يمضي فيما بين رب الدين وفيما بين الغرماء فليس لهم عليه رجوع في الرخص بل يفوز بنصف دينه ، أو بجميع." (١)

"فيفوت المراد من القسمة وأما **بالتراضي** فيجوز إذا تراضيا على أن كلا منهما يأخذ ما في جهته وأما على أن يأخذ ما في جهة صاحبه فلا لأن قسمة المراضاة ببيع وشرط البيع الانتفاع بالمبيع وكذا يجوز إذا كان بالقرعة ودخلا على أن من جاءت حصته في جهة صاحبه حمل له جذوعه .." (٢)

"مشترك بين هذه الأصناف والأنواع فزاد في رسمه قوله ولو باختصاص تصرف أي سواء كان التعيين بكيل أو وزن ولو كان بتصرف أي ولو كان تعيين كل شريك يختص بالتصرف في المشاع المعين ولم يذكر الشيخ الثالث وهي المهايأة قلت بل ذكره وهو معنى قوله باختصاص تصرف وهو منتهى الغاية وقوله ويدخل فيه أي في **التراضي** قسم ما على مدين إلخ هذا خلاف المذهب والمذهب ما ذكره في المدونة بقوله وإن ترك دينا على رجال لم يجز للورثة أن يقسموا الرجال فتصير ذمة بذمة وليقسموا ما على كل واحد انتهى .

ومن المعلوم أن القسمة بالقرعة لا تدخل فيما على مدين واحد ولعل الشيخ رأى أن الرسم يعم المشهور وغيره ." (٣)

"(قوله وأنواعها) عطف تفسير أي أن المراد بالقسمة أنواعها وغير ذلك ولم نحمله على حقيقتها لأن المصنف لم يذكر تعريفا شاملا لأنواعها (قوله والمقسوم لهم) سيأتي بذكره في قوله ولا يجمع بين عاصبين (قوله وما يتعلق بذلك جميعه) الظاهر أن ذلك يرجع لقوله من فروعها قوله قاسمه المال إلخ) الألفاظ الثلاثة بمعنى واحد ومراده تصاريف المادة وقوله والمال أي الموروث فهو عين المعطوف عليه وقوله وقال في المغرب بالغين المعجمة كتاب في اللغة (قوله لأنها في الميراث والمال) أي فأنث باعتبار متعلقها ولو رجع الضمير للقسمة لا بالمعنى المتقدم بل بمعنى المقسوم لكان أقرب (قوله القسم بالفتح قسم القسام) أي مصدر قسم القسام المال (قوله وعين إلخ) عطف مرادف وقوله ومنه القسم أي ومن جزئيات القسم من حيث هو القسم بين النساء (قوله تصرف فيه) أي المشاع وقوله بقرعة أو تراض متعلق بقوله تصيير أي تصييره معينا بسبب قرعة وقوله ولو كان غائبا دفعا لما يتوهم من أنه لا يجوز لكونه غائبا فيكون مجهولا حاله فلا يجوز قسمة ما عليه (قوله نقله الشيخ) أي دخول قسم ما عليه مدينه في قسمة **التراضي** وقوله ورواه أي روى ما ذكر لا في مطلق ما على مدين بل في طعام سلم ومراده بالشيخ ابن أبي زيد وقوله في طعام سلم تقدم

---

(١) شرح خليل للخرشي، ١٧/١٧

(٢) شرح خليل للخرشي، ٤٩٩/١٧

(٣) شرح خليل للخرشي، ١٧٥/١٩

في باب الصلح ما يفيد منعه وقوله احترز به عن المشاع في ملك مالك كما لو أوصى بعدد من شياهه ومات الكل ولم يبق إلا هذا العدد فلا يقال." (١)

"لذلك قسمة وقوله معينا أخرج به ما إذا صيره غير معين أي ما إذا صار المشاع غير معين لا يخفى ما في هذا من التهافت وقوله متعلق بمشاع أي تعلق الصفة بالموصوف فلا ينافي أنه في المعنى متعلق بمحذوف التعلق الاصطلاحي والتقدير تصيير مشاع كائن من مملوك مالكين فهذا المشاع بعض مملوك المالكين أي بعض الهيئة الاجتماعية وقوله تقديره أي تقدير الحال ويكون المعنى تصيير مشاع كائن من مملوك كائن معينا حال كونه مصيرا معينا بأي اختصاص كان أي كان بوجه القرعة أو بغيرها ولو كان ذلك باختصاص تصرف ، وفيه أن الاختصاص ليس سببا في صيرورته معينا بل السبب القسمة ، والاختصاص يحصل بعدها ولذلك قال ابن عرفة بقرعة أو تراض إشارة إلى أن التعيين إنما يكون بالقرعة **والتراضي** ، ثم إنه يبحث فيه من وجه آخر وهو أنه إذا كان قوله بقرعة أو تراض متعلقا ب " تصيير " فلا تصح المبالغة لأن شرطها دخولها فيما قبلها ولم تدخل (قوله ينقسم إلى مكيل وموزون) أي ومعدود وهذه مثليات وقوله ذكر ما يعم محال القسمة أي وهو المقسوم وقوله لأنها أي القسمة وقوله قدر مشترك أي أنها توجد في هذه الأصناف أي وليس المراد ظاهر اللفظ لأن تلك الأصناف والأنواع ليست جزئيات للقسمة وقوله فزاد في رسمه لا يخفى أن الزيادة في الرسم إنما هي متعلقة بكون القسمة تنقسم إلى ثلاثة أقسام لا أنها متعلقة بالمقسوم فلا يظهر ما قاله الشارح تبعا لصاحب الحدود وقوله والأنواع عطف." (٢)

"كون ما قاله ابن عرفة مخالفا للمذهب أن مراده بالمدين الجنس الصادق بالمتعدد وهو يناقض قوله ومن المعلوم إلخ وذلك لأن قوله ومن المعلوم تعليل لقوله ويدخل فيه أي **التراضي** لا في القرعة قسم ما على مدين واحد لأنه لا يعقل القسم بالقرعة فيما على مدين واحد حيث اتحدا لأجل والحاصل أن قسمة القرعة تعقل فيما كان على مدينين أو مدين وكان الأجل متعددا لا إن كان الأجل واحدا وهذا كله بالنظر للتعقل والجواز وعدمه شيء آخر فتأمل ، ولم أر واحدا من الأشياخ أفصح عن تلك العبارة ولعل ما قلنا يقبل والأمر لله تعالى (وأقول) بعد ذلك كله يتعين أن يراد بالمدين في كلام ابن عرفة المدين الواحد." (٣)

"(ص) ومراضاة فكالبيع (ش) هذا ثاني أقسام القسمة فلا تكون إلا برضا الجميع ولا تختص بنوع دون نوع وسواء كانت بعد تقويم وتعديل أم لا ومعنى قوله فكالبيع أنها تملك الذات بها ولا يرد فيها بالغبن حيث لم يدخلا مقوما كما يأتي وإنما شبه المؤلف قسمة **التراضي** بالبيع ولم يطلق عليها البيع حقيقة لما يأتي من قوله وفي قفيز أخذ أحدهما ثلثيه أي ويأخذ الآخر ثلثه **بالتراضي** منهما فلو كانت بيعا حقيقة لما جاز ذلك وأيضا فتجوز قسمة ما أصله أن يباع

---

(١) شرح خليل للخرشي، ١٩/١٧٦

(٢) شرح خليل للخرشي، ١٩/١٧٧

(٣) شرح خليل للخرشي، ١٩/١٧٩

مكيلا مع ما أصله أن يباع جزافا مع خروج كل عن أصله ويجوز أيضا قسم ما زاد غلته على الثلث ولم يجيزوا بيعه وإنما خصت هذه بالمراضاة والسابقة بالمهايأة مع أن الأولى فيها الرضا أيضا لأن المقصود من الأولى التهايؤ وإن كان مستلزما للرضا بخلاف الثانية فإن المقصود منها الرضا .

". (١)

"(ص) وقرعة وهي تمييز حق (ش) هذا ثالث أقسام القسمة وهي المقصودة من هذا الباب لأن قسمة المهايأة في المنافع كالإجارة وقسمة **التراضي** في الرقاب كالبيع والمعنى أن قسمة القرعة تمييز حق لا أنها بيع على المشهور ولذلك يرد فيها بالغبن ويجبر عليها من أباها ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس ولا تجوز في شيء من المكيل والموزون ولا يجمع فيها حظ اثنين (ص) وكفى قاسم لا مقوم (ش) يعني أن القاسم الواحد يكفي لأن طريقه الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالقائف والمفتي والطبيب ولو كافرا أو عبدا إلا أن يكون وجهه القاضي فيشترط فيه العدالة وأما المقوم للمتلف ونحوه حيث يترتب على تقويمه قطع أو غرم فلا بد فيه من التعدد وإلا فيكفي فيه الواحد وليس المراد المقوم للسلعة المقسومة فإن الذي يظهر من كلامهم أن القاسم هنا هو الذي يقوم المقسوم ويدل له أنه لو كان المقوم غيره لم يأت القول ب أ نه لا بد من تعدده لأن العمل حينئذ ليس على قوله بل على قول المقوم ثم إن الاحتياج للقاسم والمقوم إنما هو في قسمة القرعة كما لا يخفى .

". (٢)

"(قوله وأفرد كل صنف كتفاح) الأولى عدم تنوين صنف بإضافته للتفاح وليس تكرارا مع قوله وأفرد كل نوع إذ ما تقدم أفاد أن كل نوع من أنواع العقار يفرد عن غيره فالأشجار تفرد عن البناء وعن الأرض وما هنا في إفراد أصناف الأشجار .

(تنبيه) : الظاهر أن إفراد كل صنف في الفواكه ، وفي الدور عند فقد شرط الجمع حق لله فليس لهما **التراضي** على خلافه قوله لكان أحسن) إنما كان أحسن لكونه أصرح في المقصود .

(تنبيه) : القطاني أصناف لا تجمع في القسم .." (٣)

"(ص) وجاز صوف على ظهر إن جز وإن لكنصف شهر (ش) يعني أنه يجوز قسم الصوف على ظهر الغنم على أن يجزاه الآن أو إلى أيام يسيرة كالخمسة عشر يوما ونحوها وظاهره سواء كانت القسمة بالقرعة أو **بالتراضي** كما عليه بعض الشراح ونقل الشيخ كريم الدين أن هذه المسألة والمسألتين بعدها في قسمة المراضاة فقط .

(قوله إن جز) أي دخل على جزه وإن تأخر تمام جزه لنصف شهر وأما الشروع فلا يجوز أن يتأخر أكثر من عشرة أيام

---

(١) شرح خليل للخرشي، ١٨٥/١٩

(٢) شرح خليل للخرشي، ١٨٧/١٩

(٣) شرح خليل للخرشي، ٢٠٣/١٩

(قوله ونحوها) لم يجعل الكاف استقصائية وفي عج أنها استقصائية فالظاهر أن النحو خمسة أيام وهو بيان للكاف في قوله خمسة عشر وظاهر النقل يقوي عج (قوله في قسمة المراضاة فقط) أي وأما قسمة القرعة فتجوز إلى أبعد من نصف شهر ؛ لأنها تمييز لا بيع كما ذكره كريم الدين (أقول) وحيث كان الشيخ كريم الدين ناقلا فيتبع النقل والعموم قاله الدميري وتبعه الشارح .." (١)

"(ص) وأخذ وارث عرضا وآخر دينا إن جاز بيعه (ش) يعني أن من ترك عرضا وديونا على أقوام شتى فإنه يجوز لأحد الورثة أن يأخذ العرض ويأخذ الآخر الديون بشرط أن يجوز بيع الدين بأن يكون الذي عليه الدين حاضرا مقرا مليئا تأخذه الأحكام وانظر هل حصول الإقرار كاف عن الجمع بينه وبين الغرماء وهو الظاهر ، ولكن ذكر تت عن ابن ناجي ما يفيد أنه لا يكفي ولا بد من الجمع وإقرار المدين فانظره وأشعر قوله وأخذ وارث عرضا وآخر دينا أن أخذ أحدهما دينا والآخر دينا لا يجوز وهو كذلك قال مالك وإن ترك ديونا على رجال لم يجز للورثة أن يقتسموا الرجال فتصير ذمة بذمة وليقسموا ما كان على كل رجل قال مالك سمعت بعض أهل العلم يقول الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين قال ابن حبيب ويجوز قسم الدين إذا كان على رجل واحد ولو كان الغريم غائبا لأنه لا غرر فيه ا هـ .

(ص) وأخذ أحدهما قطنية والآخر قمحا (ش) أي و كذلك يجوز أن يقتسما الحبوب فيأخذ أحدهما قطنية فولا أو عدسا وما أشبه ذلك ويأخذ الآخر قمحا سمراء أو محمولة يريد يدا بيد كما في المدونة وإلا فلا لأن فيه بيع طعام بطعام غير يد بيد وكلام المؤلف في القسمة بالتراضي لا في القسمة بالقرعة لأنه لا يجوز الجمع فيها بين صنفين (ص) وخيار أحدهما كالبيع (ش) أي وكذلك يجوز أن يقتسما ويكون لأحدهما أو لهما الخيار وسواء دخلا على ذلك أو فعلاه بعد القسم وسواء كان المقسوم دارا أو عروضا ويكون مقدار أمد الخيار هنا." (٢)

"(قوله وديونا على أقوام شتى) ليس بشرط بل ولو كان دينارا واحدا على رجل (قوله وبين الغرماء) أراد بالغرماء من يتبع المدين من الورثة (قوله فانظره) اعلم أن مفاد النقل أنه لا بد من الجمع (قوله أن يقتسموا الرجال) أي الدين الذي على الرجال (قوله فتصير ذمة) فاعل أي فيصير دين في ذمة مبيع بدين في ذمة أخرى (قوله من وجه الدين بالدين) أي من وجه هو الدين بالدين أي من بيع الدين بالدين أي أراد بقوله ذلك بيع الدين بالدين والحاصل أن قسم الدين مع غيره وهو منطوق المصنف حكمه كبيع الدين وقسم الديون على رجال لا يجوز بحال ؛ لأنه بيع ذمة بذمة وقسم ما على مدين واحد جائز ، ولو كان غائبا فقول ابن عرفة فيما تقدم فيدخل قسم ما على مدين أي واحد لا جنسه الصادق بالأكثر كما هو قضية الاعتراض والجواب فاعتمد ذلك ولا تعدل عنه ؛ لأنه المنقول (قوله ويجوز قسم الدين إذا كان على واحد) أي بالتراضي (قوله وخيار أحدهما كالبيع) هذا واضح في المراضاة وكذا القرعة على ظاهر المدونة وذكر بعض الرواة منعه فيها (قوله كالبيع) صفة لمقدر أي وجاز خيار أحدهما جوازا كالبيع أو حال من خيار

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٢٠٤/١٩

(٢) شرح خليل للخرشي، ٢٠٥/١٩

أو خبر واعلم أن تحت قوله كالبيع حكمان أحدهما أنه لا بد أن تكون مدة الخيار هنا كمدة الخيار في البيع ثانيهما إذا فعل من له الخيار ما يدل على الرضا في خيار البيع يكون رضا هنا أيضا .." (١)

"(ص) أو فيه فساد كياقوتة أو كجفير (ش) هنا حذف موصوف أي أو قسم فيه فساد وهو معطوف على المنفي والمعنى أنه لا يجوز قسم ما في قسمه فساد لا بالمراضاة ولا بالقرعة لأنه إضاعة مال كالياقوتة والفص واللؤلؤة والخفين والمصراعين والخاتم والجفير وهو وعاء السيف وما أشبه ذلك وكلام المؤلف لا إشكال فيه على نسخة كجفير بالجيم وآخره راء ، وأما على نسخة كخفين تثنية خف فمشكل لأنه إن حمل على منع القسم مطلقا اقتضى منع قسم الخفين مراضاة مع أنه جائز كالمصراعين وسائر كل مزدوجين وإن حمل على منع القسم بالقرعة اقتضى جواز قسم الياقوتة **بالتراضي** مع أنه ممتنع .

(قوله كياقوتة إلخ) أي فالكاف الداخلة على ياقوتة أدخلت كل ما كان نفيسا والكاف الداخلة على جفير بالعكس (قوله كالياقوتة إلخ) هذه أمثلة لما فيه الفساد إلا قوله والخفين والمصراعين فليس في قسمتها فساد (قوله فمشكل) والجواب أنا نمنع القسمة على سبيل الإجمال لكن بالنظر للياقوتة فهي عامة للمراضاة والقرعة وبالنظر لتعلقها بالخفين تقصر على القرعة وتجوز بالمراضاة .." (٢)

"(ص) أو فيه تراجع إلا أن يقل (ش) تقدم أنه قال لا كبعل وذات بئر أو غرب ثم عطف هذا عليه والمعنى أن قسمة القرعة لا تجوز إذا كان فيها تراجع ومعنى ذلك أن يكون بينهما عرضان قيمة أحدهما عشرون مثلا وقيمة الآخر عشرة مثلا ووقعت القسمة بينهما على أن من صار له الذي قيمته عشرون يرد على صاحبه خمسة دراهم لتعتدل القسمة بذلك فإنه لا يجوز إذ لا يدري كل منهما هل يرجع أو يرجع عليه فحصل الغرر أما لو كانت القسمة **بالتراضي** لجاز ذلك ومحل منع التراجع ما لم يكن ما به التراجع قليلا كالدرهم في أربعين لخفة الأمر في ذلك فإنه جائز وبعبارة والقلة كنصف عشر .

(قوله إلا أن يقل) المعتمد المنع ، ولو قل وهذا في قسمة القرعة كما يشعر به التعليل وأما في المراضاة فيجوز ، ولو كثر .." (٣)

"(قوله أي قسم الماء الجاري) أي بغير القلد كما سيأتي وأما بالقلد فيجبر ، وقوله أي بطريق الجبر أي وأما بطريق **التراضي** فيجوز ، وقوله " ومعنى " المناسب فمعنى (قوله فأطلق المجرى إلخ) التفريع غير صحيح والأولى فأراد بصيغة مفعل اسم فاعل وجعله من إضافة الصفة للموصوف كما هو المفهوم من قوله الماء الجاري (قوله فالجواب أن قسمها إلخ) هذا الجواب يضارب حله أولا ؛ لأن حاصله بقاء مجرى على حاله وليس من إضافة الصفة للموصوف (

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٢٠٧/١٩

(٢) شرح خليل للخرشي، ٢٢٥/١٩

(٣) شرح خليل للخرشي، ٢٣٢/١٩

قوله وإنما امتنع قسم العين) أي مراضاة وقرعة ، وقوله وإنما لم يقسم مجرى الماء أي بطريق الجبر لا بالمراضاة فيجوز ، وقوله لا تتعلق بالعين أي مطلقا لا بطريق **التراضي** ولا بطريق الجبر ، وقوله ولا بمحل جري الماء أي بطريق الجبر لا بطريق **التراضي** ، وقوله حينئذ إنما يتعلق القسم بالماء نفسه ولا يكون إلا بالقلد أي بطريق الجبر ثم هذا رجوع لقوله أولا فأطلق المجرى إلخ ويعارضها قوله فالجواب أن قسمها إلخ فإنه يفيد إبقاء المجرى على حقيقته (قوله وحينئذ) أي حين قررنا هذا التقرير ، وقوله وذلك ظاهر إلخ أي الذي أشار له أولا بقوله فالجواب ، وقوله وأما إن حمل على الماء الجاري أي الذي أشار له أولا وآخرا (قوله مستدرك) أي ؛ لأنه لا يحتاج له إلا لو فسر القلد بالقدر الذي يثقب ويملأ ماء لأقل جزء ويجري النهر له إلى أن ينفد ثم كذلك غيره فلما فسره بالآلة المذكورة الشاملة له وللمنكاب يكون أو غيره مستدركا لا حاجة له .." (١)

"(قوله ويجبر إلخ) ، ولو كان حصة شريكه الآبي تنقص قيمتها بسبب القسمة ولا يخالف هذا ما يلزم في جبر أحدهما للبيع إن نقصت حصة الآخر ؛ لأن ما هنا حظه لم يخرج عن ملكه مع كونه ينتفع به انتفاعا مجانسا للأول وما يأتي خرج عن ملكه بالكلية انظر عج (قوله بشرط أن ينتفع كل إلخ) فإذا لم ينتفع كل فلا جبر بل يقسم **بالتراضي** واعلم أن المدار على الانتفاع وإن نقص الثمن (قوله كالانتفاع قبل إلخ) أي وإن لم يساوه عند ابن القاسم كسكناه قبل القسم وبعده بخلاف عدم سكناه بعده بل إيجاره فقط فلا يجبر حينئذ (قوله كما فهم المعترض) أي أن المعترض فهم أن كلا من المتقاسمين يجبر على قسم القرعة بحيث لا يجوز القسم **بالتراضي** أو المهايأة وهو لا يصح لجوازهما وحاصل الجواب أن المراد كل ممتنع فلا ينافي جواز غيرها عند الاتفاق على ذلك .." (٢)

"(ص) وقسم عن صغير أب أو وصي وملتقط كقاض عن غائب (ش) يعني أن الأب يقسم عن ولده الصغير وكذلك الأم إذا كانت وصية عليه وكذلك وصيه يقسم عنه وكذلك يجوز للملتقط أن يقسم عن الطفل الذي التقطه وكذلك القاضي عن الغائب ويعزل نصيبه وظاهره كانت القسمة في ذلك بالقرعة أو **بالتراضي** وقوله عن غائب أي بعيد الغيبة وإلا انتظر والكاف الداخلة على القاضي للتشبيه فلا تدخل شيئا ولا يقسم الوصي عن الأصاغر حتى يرفع ذلك إلى الإمام فيقسم بينهم إذا رآه نظرا ويستثنى من قوله أب الكافر ولكن التتائي خصه بالأنثى ونصه وقسم عن صغير أب ما لم يكن كافرا فلا يقسم عن ابنته البكر كما لا يجوز له تزويجها .

انتهى المراد منه تأمل (ص) لا ذي شرطة أو كنف أخا ، أو أب عن كبير وإن غاب (ش) معطوف على قاض والمعنى أن قاضي الشرطة لا يجوز له أن يقسم عن غيره من صغير أو غائب إلا بأمر القاضي وسمي بذلك لأن جنده وأعو ا نه ورسله لهم شرط في لبسهم وزيهم تميزهم عن غيرهم وشرطة بوزن غرفة بضم أوله وسكون ثانيه وكذلك الأخ إذا كنف أخاه أي صيره في كنفه احتسابا لله تعالى فليس له أن يقسم عليه وظاهره ولو عدم القاضي وظاهره كان المقسوم قليلا أو كثيرا

---

(١) شرح خليل للخرشي، ١٩/٢٣٧

(٢) شرح خليل للخرشي، ١٩/٢٥٠

وهو كذلك وكذلك الأب ليس له أن يقسم عن ولده الكبير الرشيد ولو غائبا ومثله الأم إلا أن تكون وصية وكنف فعل صفة لموصوف محذوف أي أخ كنف أخاه ، وحذف الموصوف في مثل هذا قليل بل قال الرضي إنه ضرورة والأولى أن يكون." (١)

"ثم ختم الباب بمسألة واردة على قوله وأفرد كل نوع ولذا نسبها للمدونة فقال (ص) وفيها قسم نخلة وزيتونة إن اعتدلا وهل هي قرعة للقلة أو مراضاة ؟ تأويلان (ش) هنا حذف مضاف أي وفيها جواز قسم نخلة وزيتونة إن اعتدلا في القسم وإنما دخلت القرعة هنا فيما اختلف جنسه للقلة وهي لا يمنع دخولها فيما ذكر حيث كان قليلا كما يمنع إذا كثر حفظا للقاعدة وهذا فهم ابن يونس لقولها إن اعتدلا واعتذروا عن قوله فيها تراضيا أي بالاستهام لقولها بعد وإن تركوها لم يجبروا عليها ولقولها إن اعتدلا أو يحمل على أن القسمة الواقعة فيها مراضاة واعتذروا عن قولها اعتدلا بأن التراضي لا يشترط فيه الاعتدال بأنهما دخلا على بيع لا غبن فيه تأويلان ، ومفهوم الشرط إن لم يعتدلا في القسم لم يجز وقوله اعتدلا أي نوعا الشجر والواجب اعتدلتا وقوله للقلة علة لمحذوف أي وأجيزت للقلة .

". (٢)

"على قسمة القرعة (قوله أو يحمل على أن القسمة الواقعة فيها مراضاة) أي من قولها تراضيا المشعر بالرضا من الجانبين الذي يكون في قسمة المراضاة (قوله واعتذروا عن قولها اعتدلا) أي عن إيراد قولها اعتدلا ، وقوله بأن التراضي تصوير للورود ، وقوله بأنهما إلخ متعلق باعتذروا وسكت عن إيراد قوله وإن تركوها لم يجبروا ؛ لأن وروده من حيث الإشعار المتقدم وهو خفي (قوله على بيع لا غبن فيه) أي بيعا حكما أو أن المراد كبيع (قوله والواجب) أي لأن الواجب أي إنما احتجنا إلى هذا التأويل ؛ لأنه كان الواجب أن يعبر باعتدلتا فاندفع ذلك بأن التذكير باعتبار كونهما نوعا الشجر أي نوعين من أنواع الشجر .." (٣)

"مع التراضي فيندب تقديم الابن الحر أو زائد الفقه ولا عقوق بذلك .

(قوله : أي : يندب تقديم الأعدل) أي : إلا أن يكون العدل زائد فقه .

(قوله : وهذا أولى من كلام ابن غازي) أي : الذي هو قوله : ويحتمل أن يريد بالعدل الأعدل .

(قوله : لا يقابل بالمجهول) أي : لجواز أن يكون المجهول عدلا .

(قوله : ليس نقيضا) ولا مساويا للنقيض مثال النقيض كما إذا قلت : الموجود إما قديم أو ليس بقديم ومثال المساوي : الموجود إما قديم أو حادث .." (٤)

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٢٧٢/١٩

(٢) شرح خليل للخرشي، ٢٧٦/١٩

(٣) شرح خليل للخرشي، ٢٧٨/١٩

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي، ٤/٥

"(ص) وللوارث القسم ولو ذبحت (ش) أي إذا دعا بعض الورثة إلى قسم الأضحية فإنه يجاب إلى ذلك ولو ذبحت وتقسم على المواريث كما هو في سماع عيسى وصوبه اللخمي وقيل على قدر ما يأكلون والذكر والأنثى والزوجة سواء وجواز القسمة بالقرعة مبني على أنها تمييز حق ولذلك لا تجوز القسمة **بالتراضي** لأنها بيع .
(قوله وقيل على قدر ما يأكلون) هذا ضعيف كما يعلم بالاطلاع على كلامهم (قوله مبني على أنها تمييز حق) خلافا لما في كتاب محمد القائل بمنع قسمها بناء على أن القسمة بيع والحاصل كما يستفاد من بهرام أنها إذا ذبحت فإن لورثته قسمة لحمها وهو قول مالك من رواية مطرف وقال في كتاب محمد يمنعون من ذلك ومنشأ الخلاف هل قسمة القرعة تمييز حق أو بيع وأما قسمة **التراضي** فبيع وحيث كانت قسمة قرعة فتجزئ على قدر أقلهم نصيبا فإذا كان ابن وأم وأب فتقسم ستة أقسام ويضرب القرعة على ذلك أي فتقسم كما لو كان الورثة أبا وابنا وأما ستة أقسام بوضع ست أوراق .." (١)

"(باب الجزية) (قوله على قتال الكفار) أي طالب قتال الكفار حصل قتال بالفعل أم لا فظهر قوله أتبعه (قوله من المجازاة) مفاعلة تقتضي الجزاء من الجانبين وذلك أن الجزاء منا تأمينهم ومنهم الجزية وقوله والجزاء أي ما يجازى به كالجزية (قوله وقيل إنها) أي الجزية (قوله إذا قضى) أي إذا أدى فهو مغاير لما قبله (قوله أي لا تقضى) أي تؤدى (قوله الجزية العنوية) أي .
وأما الصلحية فهي ما التزم كافر منع نفسه أداءه على إبقائه ببلده تحت حكم الإسلام حيث يجري عليه وقوله منع نفسه جملة من فعل وفاعل ومفعول وقوله أداءه مفعول التزم وقوله تحت حكم الإسلام مقتضاه أن **التراضي** منهم على ترك المقاتلة بمال مع عدم كونهم تحت حكم الإسلام لا يكون جزية صلحية وسيأتي في تعريف المهادنة ما يفيده انتهى من شرح شب وقوله لا منه إلخ خرجت الصلحية كما قال في ك لكن قد علمت من تعريف الصلحية اشتراكهما في بقاء الكافر تحت حكم الإسلام فانظر ذلك وقوله وصونه أي حفظه تفسير وقوله باستقراره أي على الدوام ليخرج الحربي إذا دخل بأمان لقضاء مصلحة (قوله والي المعقود عليه) فيه أن الكافر عاقد كالإمام .
وأما المعقود عليه فهو السكنى والمال نظير ما قيل في البيع ، واعلم أن الجزية ينتهي حكمها إلى نزول سيدنا عيسى عليه السلام ثم لا يقبل إلا الإيمان لفيض المال وعدم النفع به حينئذ وإنما يقبل الإيمان (قوله عقد الجزية) لا يخفى أن الجزية قد عرفت أنها المال." (٢)

"(قوله سك) يؤخذ منه أن الدراهم والدنانير يمكن استحقاقها والشهادة على عينها وهو نص المدونة (قوله أو مصوغ مطلقا) لقائل أن يقول كون غيره لا يقوم مقامه ظاهر بالنسبة إلى عدم لزوم المستحق منه غيره ، وأما إن تراضيا بالحضرة على غيره فلم لا يقال بجوازه وكان الصرف وقع عليه ، والجواب إن أخذ عوض ما وقع عليه بعد استحقاقه بمثل

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٩٤/٩

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٢٤/١٠

من عقد ووكل في القبض (قوله ينقض على المشهور) أي إذ لا يلزمه غير ما عين ومقابله أنها لا تتعين وهذا الخلاف في المعين (قوله كان استحقاقه بحضرة العقد إلخ) فيه نظر كيف يتأتى عدم التعيين في المصوغ إذ لا بد من تعيينه وتدل عليه عبارة ابن عرفة أفاده محشي تت (وأقول) وكذا قول شارحنا والمصوغ يراد لعينه (قوله وقيل غير مقيدة إلخ) ، وذلك لأن استحقاقه نادر الوقوع فلذا خير بخلاف العيب في المعين إذ الضرر فيه على البائع أقوى .

(تنبيه) : ما ذكره المصنف في استحقاق الكل ، وأما إن استحق البعض فيجري على استحقاق بعض المثلي الآتي في قوله وحرم التمسك بالأقل إلا المثلي ، وينقض ما يقابل ذلك (قوله : وأما غير المعين) رده محشي تت فقال إن الصحة عند ابن القاسم بالحضرة مطلقة في المعين وغيره ، وكذا التردد في قوله وهل إن تراضيا فتخصيص س له بالمعين وأن غير المعين لا يشترط فيه **التراضي** فيه نظر لمخالفته لكلامهم (قوله وإلزامه للمصطرف) هذا هو المعتمد وقوله الآتي لكن المستحق إلخ الذي هو مناف لذلك فضعيف." (١)

"ولما أنهى الكلام على العيبين المتوسط والخفيف شرع في المفيت فقال (ص) والمخرج عن المقصود مفيت فالأرش (ش) أي والتغير الحادث عند المشتري المخرج عن المقصود من المبيع بذهاب المنافع المقصودة منه مفيت للرد سواء كان البائع مدلسا أو غير مدلس فالواجب التماسك بالعيب القديم ، والأرش واجب على البائع للمشتري فقوله والمخرج أي والتغير المخرج لأن كلام المؤلف في التغير ، وتقدير الموصوف بالعيب فاسد لأن كبر الصغير ليس عيبا ، وقوله فالأرش أي فيتعين الأرش عند التنازع ، وأما عند **التراضي** فعلى ما تراضيا عليه ، وطريق الأرش أن يقوم سالما ومعيبا ، ويأخذ من الثمن النسبة ثم أخذ في أمثلة المفيت بقوله (ص) ككبر صغير ، وهرم وافتضاض بكر ، وقطع غير معتاد (ش) يعني أن العيب الحادث المفيت عند المشتري الموجب للرجوع للأرش ككبر الصغير ، وهرم الكبير ، وهو أن يضعف عن المنفعة المقصودة منه ، ول ا يمكنه الإتيان بها ، وظاهره عمومه في العاقل وغيره ، وهو واضح ، ويدل عليه التعليل بأن الصغير جنس ، والكبير جنس ، وتقييد الزرقاني ذلك بغير الإبل ليس في كلامهم ، ومنها افتضاض بكر كما قاله ابن راشد في كتابه المذهب في تحرير المذهب ، وهو خلاف قول مالك أنه من المتوسط ، وقيد الباجي قول مالك بالعليا ، وأما الوخش فلا ينقصها بل يزيدها ، ومنها القطع الغير المعتاد ، وسواء كان البائع مدلسا أو غير مدلس كتفصيل شقة القطن والكتان قلنسوة أو الثوب الصوف." (٢)

"إلا بعد التقويم) أي تقويم العرض الذي وقع ثمنا فإن قلت إذا كانت العلة في جواز التماسك بالسليم الفائت حيث كان الثمن مثليا أو غيره وفات عدم الجهل مما ينوب السليم فيجرى ذلك فيما إذا كان السليم باقيا والثمن مثلي أو غيره وفات ، فالجواب أن العلة أي علة الجواز ليست هي عدم الجهل بما ينوب السليم فقط بل هي هذا وكونه لا فائدة في أخذ عين ورد عين ، والحاصل أن علة الجواز لم توجد فيما إذا كان الثمن عرضا لم يفت أو فات والسليم باق

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٤٠٦/١٤

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٦٦/١٥

فلذا حكم بالمنع فيهما فإن قلت علة المنع موجودة ، ولم لم يكن المعيب الأكثر ، والجواب أن السليم بمنزلة الصحيح والصحيح يغلب الفاسد ما لم يكن الفاسد أكثر فإن قلت العرض لا بد من تقويمه كان قائما أو فائتا فالجهالة موجودة مطلقا قلت يجاب بأنه لما تلف نظر لقيمته حالا ، وصار بمثابة ما إذا بيعت بعين وإن كان لا بد من التقويم (قوله لما في ذلك من الفساد إلخ) فيه بحث لأن **التراضي** على الرد في أحد السوارين والقرطين ليس فيه فساد بخلاف نحو العين .." (١)

"(قوله ما لم يضر بالآخر) أي بأن يكون السقي إن كثر نفع الأصل ، وضر الثمرة وإن قل نفع الثمرة ، وضر الأصل (قوله أي لكل إلخ) هذا على ما في توضيحه عن شيخه وابن رشد (قوله والثمر للآخر) أما إذا كان الثمر للبائع كله فالأمر ظاهر مما تقدم ، وأما إذا كان الثمر للمشتري أو بينهما ، والأصول للبائع فلا يكون ذلك إلا بعد بدو الصلاح فهو خارج عن الموضوع ، وقوله أو لكل إلخ هذا على ما لابن عبد السلام (قوله أو لكل إلخ) هذا هو الذي يناسب الموضوع (قوله ما لم يضر سقي المشتري إلخ) هذا إنما يأتي على التقرير الأول ، ولا يعقل إلا في الشراء بعد بدو الصلاح (قوله أو ما لم يضر سقي البائع بأصل المشتري) يناسب الثاني (قوله وأما مع المشاحة) لأن المصنف قال في القسمة وسقى ذو الأصل كبائعه المستثنى ثمرته حتى يسلم ، والحاصل أن هذا الحل للزرقاني قال عج ، ويبعده قوله ما لم يضر بالآخر قال عب بل لا بعد فيه حيث يحمل على عدم الضرر مع **التراضي** أي أنه يحمل على **التراضي** عند انتفاء الضرر أي إذا انتفى الضرر فعند **التراضي** لكل السقي ، وعند المشاحة يقضى على البائع بالسقي." (٢)

"جلد ميتة دبغ بمثله كما عند المؤلف ؛ لأن ذلك معاوضة على نجس وكذلك لا يجوز قرض جلد الأضحية وحينئذ فالقاعدة مطردة منعكسة وعلى جواز قرض جلد الميتة المدبوغ ، ومثله جلد الأضحية فلا انظر الشرح الكبير ولما كان السلم في الجواري جائزا ، ولا يجوز قرضهن أخرجهن بقوله (ص) إلا جارية تحل للمستقرض (ش) ، أي : فلا يجوز قرضها لما في ذلك من عارية الفروج ولذلك انتفى المنع فيما إذا اقترض الولي للصبي الذي لا يتأتى منه الاستمتاع وكذا في الصبية التي لا تشتهى لعدم الاستمتاع من الأول ولكون الاستمتاع بالثانية كالعدم ، ومثل الصبي في الجواز الشيخ الفاني ، والمرأة ، والمحرم (ص) وردت إلا أن تفوت بمفوت البيع الفاسد فالقيمة (ش) يعني فإن وقع أنه استقرض جارية يحل له وطؤها فإنها ترد وجوبا إلا أن تفوت عند المستقرض بما يفوت به البيع الفاسد من حوالة سوق فأعلى فإنه يلزم المقترض حينئذ قيمته ا يوم القبض ، ولا ترد (ص) كفاسده (ش) ، أي : كفاسد البيع ؛ لأن القرض إذا فسد يرد إلى فاسد أصله وهو البيع لا إلى صحيح نفسه ، وإلا رد المثل ، والغيبة التي يمكن فيها الوطء فوت ، ولا

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٨١/١٥

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٥٣/١٦

يجوز **التراضي** على ردها ظن به الوطء أم لا وطئ أم لا وليست عوضا عما لزمه من القيمة ". (١)

"والخصوص (قوله : يرد إلى فاسد أصله وهو البيع) فيعطى القيمة إن كان مقوما ، والمثل إن كان مثليا وأفاد المصنف حينئذ أن القيمة تعتبر يوم القبض كالبيع الفاسد (قوله : وهو البيع) وجه كونه أصلا أن كلا منهما دفع متمول في عوض وإن كان في البيع مشاحة وفي القرض تفضلا كذا في عب وانظره فإنه لا يقتضي كون البيع أصلا للقرض لجواز أن يعكس فالأحسن أن يقال وجه كون البيع أصلا أن الأصل دفع المال في عوض على وجه المشاحة وقوله لا إلى صحيح نفسه ، أي : فيعطى المثل (قوله : والغيبة التي يمكن فيها الوطء) ، والمعتمد أن الغيبة عليها لا تمنع الرد خلافا للشارح التابع لتت ، والحاصل أن الفوات إن كان بالوطء تحقيقا ، أو ظنا كالغيبة كما قال الشارح فلا يجوز **التراضي** على ردها ، وأما إذا كان بحوالة سوق ونحوها فيجوز تراضيهما على ردها عوضا عن القيمة التي لزمت بخلاف ما إذا فاتت بالوطء فلا ترد وتقول إنها عوض عما لزمه من القيمة ؛ لأنها لا تصح حينئذ أن تكون عوضا عن القيمة (قوله : ليست عوضا) ، أي : لا نقول إنها عوض عما لزمه حتى يصح ردها .." (٢)

"(ص) وقوم مخالف النقد يوم الحصاص واشترى له منه بما يخصه (ش) يعني أن المفلس إذا كانت عليه ديون مختلفة لأحد غرمائه مائة درهم ولأحدهم عرض ولأحدهم طعام مثلا فإن ما خالف النقد من مقوم ، أو مثلي يقوم يوم قسم المال وهو مراده بيوم الحصاص فإذا كانت قيمة الطعام مائة درهم وقيمة العرض كذلك ومال المفلس مائة فإنها تقسم بين الغرماء أثلاثا فيأخذ صاحب النقد ثلث المائة ولكل من صاحبي الطعام ، والعرض كذلك فيعطي لصاحب النقد منابه ويشتري لصاحب العرض مما نابه من صفة عرضه ولصاحب الطعام كذلك وإليه أشار بقوله واشترى له أي لصاحب مخالف النقد منه ، أي : من جنس ماله وصفته بما يخصه في الحصاص من مال المفلس وهذا من المشاحة ، وأما مع **التراضي** فإنه يجوز أخذ الثمن ما لم يمنع مانع من ذلك كما يأتي (ص) ومضى إن رخص ، أو غلا (ش) لما قدم أنه يشتري للغريم بما نابه في الحصاص مثل ماله من عرض وطعام ذكر هنا أنه لو لم يحصل شراء للعرض ، والطعام حتى رخص السعر فاشترى له بما خصه نصف الطعام ، والعرض الذي على المفلس ، أو ما يوفي دينه كما لو كان له على المفلس عشرة أرادب ، أو عشرة ثياب فنابه ثلث قيمة ذلك وهو ثلاثة وثلاثون وثلث من المائة المقوم بها فلم يشتر له بذلك حتى رخص السعر فاشترى بذلك خمسة أرادب ، أو خمسة ثياب ، أو عشرة فإنه يمضي فيما بين رب الدين وفيما بين الغرماء فليس لهم عليه رجوع في الرخص بل يفوز بنصف دينه ، أو بجميع." (٣)

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٩٧/١٦

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٠٠/١٦

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٧/١٧

"فيفوت المراد من القسمة وأما **بالتراضي** فيجوز إذا تراضيا على أن كلا منهما يأخذ ما في جهته وأما على أن يأخذ ما في جهة صاحبه فلا لأن قسمة المراضاة ببيع وشرط البيع الانتفاع بالمبيع وكذا يجوز إذا كان بالقرعة ودخلا على أن من جاءت حصته في جهة صاحبه حمل له جذوعه .." (١)

"مشترك بين هذه الأصناف والأنواع فزاد في رسمه قوله ولو باختصاص تصرف أي سواء كان التعيين بكيل أو وزن ولو كان بتصرف أي ولو كان تعيين كل شريك يختص بالتصرف في المشاع المعين ولم يذكر الشيخ الثالث وهي المهايأة قلت بل ذكره وهو معنى قوله باختصاص تصرف وهو منتهى الغاية وقوله ويدخل فيه أي في **التراضي** قسم ما على مدين إلخ هذا خلاف المذهب والمذهب ما ذكره في المدونة بقوله وإن ترك دينا على رجال لم يجز للورثة أن يقسموا الرجال فتصير ذمة بذمة وليقسموا ما على كل واحد انتهى .

ومن المعلوم أن القسمة بالقرعة لا تدخل فيما على مدين واحد ولعل الشيخ رأى أن الرسم يعم المشهور وغيره ". (٢)

"(قوله وأنواعها) عطف تفسير أي أن المراد بالقسمة أنواعها وغير ذلك ولم نحمله على حقيقتها لأن المصنف لم يذكر تعريفا شاملا لأنواعها (قوله والمقسوم لهم) سيأتي بذكره في قوله ولا يجمع بين عاصبين (قوله وما يتعلق بذلك جميعه) الظاهر أن ذلك يرجع لقوله من فروعها قوله قاسمه المال إلخ) الألفاظ الثلاثة بمعنى واحد ومراده تصاريف المادة وقوله والمال أي الموروث فهو عين المعطوف عليه وقوله وقال في المغرب بالغين المعجمة كتاب في اللغة (قوله لأنها في الميراث والمال) أي فأنث باعتبار متعلقها ولو رجع الضمير للقسمة لا بالمعنى المتقدم بل بمعنى المقسوم لكان أقرب (قوله القسم بالفتح قسم القسام) أي مصدر قسم القسام المال (قوله وعين إلخ) عطف مرادف وقوله ومنه القسم أي ومن جزئيات القسم من حيث هو القسم بين النساء (قوله تصرف فيه) أي المشاع وقوله بقرعة أو تراض متعلق بقوله تصيير أي تـصييره معينا بسبب قرعة وقوله ولو كان غائبا دفعا لما يتوهم من أنه لا يجوز لكونه غائبا فيكون مجهولا حاله فلا يجوز قسمة ما عليه (قوله نقله الشيخ) أي دخول قسم ما عليه مدينه في قسمة **التراضي** وقوله ورواه أي روى ما ذكر لا في مطلق ما على مدين بل في طعام سلم ومراده بالشيخ ابن أبي زيد وقوله في طعام سلم تقدم في باب الصلح ما يفيد منعه وقوله احترز به عن المشاع في ملك مالك كما لو أوصى بعدد من شياهه ومات الكل ولم يبق إلا هذا العدد فلا يقال." (٣)

"لذلك قسمة وقوله معينا أخرج به ما إذا صيره غير معين أي ما إذا صار المشاع غير معين لا يخفى ما في هذا من التهافت وقوله متعلق بمشاع أي تعلق الصفة بالموصوف فلا ينافي أنه في المعنى متعلق بمحذوف التعلق الاصطلاحي

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٤٩٩/١٧

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٧٥/١٩

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٧٦/١٩

والتقدير تصيير مشاع كائن من مملوك مالكين فهذا المشاع بعض مملوك المالكين أي بعض الهيئة الاجتماعية وقوله تقديره أي تقدير الحال ويكون المعنى تصيير مشاع كائن من مملوك كائن معينا حال كونه مصيرا معينا بأي اختصاص كان أي كان بوجه القرعة أو بغيرها ولو كان ذلك باختصاص تصرف ، وفيه أن الاختصاص ليس سببا في صيرورته معينا بل السبب القسمة ، والاختصاص يحصل بعدها ولذلك قال ابن عرفة بقرعة أو تراض إشارة إلى أن التعيين إنما يكون بالقرعة والتراضي ، ثم إنه يبحث فيه من وجه آخر وهو أنه إذا كان قوله بقرعة أو تراض متعلقا ب " تصيير " فلا تصح المبالغة لأن شرطها دخولها فيما قبلها ولم تدخل (قوله ينقسم إلى مكيل وموزون) أي ومعدود وهذه مثليات وقوله ذكر ما يعم محال القسمة أي وهو المقسوم وقوله لأنها أي القسمة وقوله قدر مشترك أي أنها توجد في هذه الأصناف أي وليس المراد ظاهر اللفظ لأن تلك الأصناف والأنواع ليست جزئيات للقسمة وقوله فزاد في رسمه لا يخفى أن الزيادة في الرسم إنما هي متعلقة بكون القسمة تنقسم إلى ثلاثة أقسام لا أنها متعلقة بالمقسوم فلا يظهر ما قاله الشارح تبعا لصاحب الحدود وقوله والأنواع عطف." (١)

"كون ما قاله ابن عرفة مخالفا للمذهب أن مراده بالمدين الجنس الصادق بالمتعدد وهو يناقض قوله ومن المعلوم إلخ وذلك لأن قوله ومن المعلوم تعليل لقوله ويدخل فيه أي التراضي لا في القرعة قسم ما على مدين واحد لأنه لا يعقل القسم بالقرعة فيما على مدين واحد حيث اتحدا لأجل والحاصل أن قسمة القرعة تعقل فيما كان على مدينين أو مدين وكان الأجل متعددا لا إن كان الأجل واحدا وهذا كله بالنظر للتعقل والجواز وعدمه شيء آخر فتأمل ، ولم أر واحدا من الأشياخ أفصح عن تلك العبارة ولعل ما قلنا يقبل والأمر لله تعالى (وأقول) بعد ذلك كله يتعين أن يراد بالمدين في كلام ابن عرفة المدين الواحد." (٢)

"(ص) ومراضاة فكالبيع (ش) هذا ثاني أقسام القسمة فلا تكون إلا برضا الجميع ولا تختص بنوع دون نوع وسواء كانت بعد تقويم وتعديل أم لا ومعنى قوله فكالبيع أنها تملك الذات بها ولا يرد فيها بالغبن حيث لم يدخلا مقوما كما يأتي وإنما شبه المؤلف قسمة التراضي بالبيع ولم يطلق عليها البيع حقيقة لما يأتي من قوله وفي قفيز أخذ أحدهما ثلثيه أي ويأخذ الآخر ثلثه بالتراضي منهما فلو كانت بيعا حقيقة لما جاز ذلك وأيضا فتجوز قسمة ما أصله أن يباع مكيلا مع ما أصله أن يباع جزافا مع خروج كل عن أصله ويجوز أيضا قسم ما زاد غلته على الثلث ولم يجيزوا بيعه وإنما خصت هذه بالمراضاة والسابقة بالمهايأة مع أن الأولى فيها الرضا أيضا لأن المقصود من الأولى التهايؤ وإن كان مستلزما للرضا بخلاف الثانية فإن المقصود منها الرضا .

". (٣)

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٩/١٧٧

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٩/١٧٩

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٩/١٨٥

"(ص) وقرعة وهي تمييز حق (ش) هذا ثالث أقسام القسمة وهي المقصودة من هذا الباب لأن قسمة المهايأة في المنافع كالإجارة وقسمة **التراضي** في الرقاب كالبيع والمعنى أن قسمة القرعة تمييز حق لا أنها بيع على المشهور ولذلك يرد فيها بالغبن ويجبر عليها من أباها ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس ولا تجوز في شيء من المكيل والموزون ولا يجمع فيها حظ اثنين (ص) وكفى قاسم لا مقوم (ش) يعني أن القاسم الواحد يكفي لأن طريقه الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالقائف والمفتي والطبيب ولو كافرا أو عبدا إلا أن يكون وجهه القاضي فيشترط فيه العدالة وأما المقوم للمتلف ونحوه حيث يترتب على تقويمه قطع أو غرم فلا بد فيه من التعدد وإلا فيكفي فيه الواحد وليس المراد المقوم للسلعة المقسومة فإن الذي يظهر من كلامهم أن القاسم هنا هو الذي يقوم المقسوم ويدل له أنه لو كان المقوم غيره لم يأت القول ب أ نه لا بد من تعدده لأن العمل حينئذ ليس على قوله بل على قول المقوم ثم إن الاحتياج للقاسم والمقوم إنما هو في قسمة القرعة كما لا يخفى .

". (١)

"(قوله وأفرد كل صنف كتفاح) الأولى عدم تنوين صنف بإضافته للتفاح وليس تكرارا مع قوله وأفرد كل نوع إذ ما تقدم أفاد أن كل نوع من أنواع العقار يفرد عن غيره فالأشجار تفرد عن البناء وعن الأرض وما هنا في إفراد أصناف الأشجار .

(تنبيه) : الظاهر أن إفراد كل صنف في الفواكه ، وفي الدور عند فقد شرط الجمع حق لله فليس لهما **التراضي** على خلافه قوله لكان أحسن) إنما كان أحسن لكونه أصرح في المقصود .

(تنبيه) : القطاني أصناف لا تجمع في القسم .." (٢)

"(ص) وجاز صوف على ظهر إن جز وإن لكنصف شهر (ش) يعني أنه يجوز قسم الصوف على ظهر الغنم على أن يجزاه الآن أو إلى أيام يسيرة كالخمسة عشر يوما ونحوها وظاهره سواء كانت القسمة بالقرعة أو **بالتراضي** كما عليه بعض الشراح ونقل الشيخ كريم الدين أن هذه المسألة والمسألتين بعدها في قسمة المراضاة فقط .

(قوله إن جز) أي دخل على جزه وإن تأخر تمام جزه لنصف شهر وأما الشروع فلا يجوز أن يتأخر أكثر من عشرة أيام (قوله ونحوها) لم يجعل الكاف استقصائية وفي عج أنها استقصائية فالظاهر أن النحو خمسة أيام وهو بيان للكاف في قوله خمسة عشر وظاهر النقل يقوي عج (قوله في قسمة المراضاة فقط) أي وأما قسمة القرعة فتجوز إلى أبعد من نصف شهر ؛ لأنها تمييز لا بيع كما ذكره كريم الدين (أقول) وحيث كان الشيخ كريم الدين ناقلا فيتبع النقل والعموم قاله الدميري وتبعه الشارح .." (٣)

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٨٧/١٩

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٠٣/١٩

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٠٤/١٩

"(ص) وأخذ وارث عرضا وآخر دينا إن جاز بيعه (ش) يعني أن من ترك عرضا وديونا على أقوام شتى فإنه يجوز لأحد الورثة أن يأخذ العرض ويأخذ الآخر الديون بشرط أن يجوز بيع الدين بأن يكون الذي عليه الدين حاضرا مقرا مليئا تأخذه الأحكام وانظر هل حصول الإقرار كاف عن الجمع بينه وبين الغرماء وهو الظاهر ، ولكن ذكر تت عن ابن ناجي ما يفيد أنه لا يكفي ولا بد من الجمع وإقرار المدين فانظره وأشعر قوله وأخذ وارث عرضا وآخر دينا أن أخذ أحدهما دينا والآخر دينا لا يجوز وهو كذلك قال مالك وإن ترك ديونا على رجال لم يجز للورثة أن يقتسموا الرجال فتصير ذمة بذمة وليقسموا ما كان على كل رجل قال مالك سمعت بعض أهل العلم يقول الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين قال ابن حبيب ويجوز قسم الدين إذا كان على رجل واحد ولو كان الغريم غائبا لأنه لا غرر فيه ا هـ .

(ص) وأخذ أحدهما قطنية والآخر قمحا (ش) أي و كذلك يجوز أن يقتسما الحبوب فيأخذ أحدهما قطنية فولا أو عدسا وما أشبه ذلك ويأخذ الآخر قمحا سمراء أو محمولة يريد يدا بيد كما في المدونة وإلا فلا لأن فيه بيع طعام بطعام غير يد بيد وكلام المؤلف في القسمة بالتراضي لا في القسمة بالقرعة لأنه لا يجوز الجمع فيها بين صنفين (ص) وخيار أحدهما كالبيع (ش) أي وكذلك يجوز أن يقتسما ويكون لأحدهما أو لهما الخيار وسواء دخلا على ذلك أو فعلاه بعد القسم وسواء كان المقسوم دارا أو عروضا ويكون مقدار أمد الخيار هنا." (١)

"(قوله وديونا على أقوام شتى) ليس بشرط بل ولو كان دينارا واحدا على رجل (قوله وبين الغرماء) أراد بالغرماء من يتبع المدين من الورثة (قوله فانظره) اعلم أن مفاد النقل أنه لا بد من الجمع (قوله أن يقتسموا الرجال) أي الدين الذي على الرجال (قوله فتصير ذمة) فاعل أي فيصير دين في ذمة مبيع بدين في ذمة أخرى (قوله من وجه الدين بالدين) أي من وجه هو الدين بالدين أي من بيع الدين بالدين أي أراد بقوله ذلك بيع الدين بالدين والحاصل أن قسم الدين مع غيره وهو منطوق المصنف حكمه كبيع الدين وقسم الديون على رجال لا يجوز بحال ؛ لأنه بيع ذمة بذمة وقسم ما على مدين واحد جائز ، ولو كان غائبا فقول ابن عرفة فيما تقدم فيدخل قسم ما على مدين أي واحد لا جنسه الصادق بالأكثر كما هو قضية الاعتراض والجواب فاعتمد ذلك ولا تعدل عنه ؛ لأنه المنقول (قوله ويجوز قسم الدين إذا كان على واحد) أي بالتراضي (قوله وخيار أحدهما كالبيع) هذا واضح في المراضاة وكذا القرعة على ظاهر المدونة وذكر بعض الرواة منعه فيها (قوله كالبيع) صفة لمقدر أي وجاز خيار أحدهما جوازا كالبيع أو حال من خيار أو خبر واعلم أن تحت قوله كالبيع حكمان أحدهما أنه لا بد أن تكون مدة الخيار هنا كمدة الخيار في البيع ثانيهما إذا فعل من له الخيار ما يدل على الرضا في خيار البيع يكون رضا هنا أيضا .." (٢)

"(ص) أو فيه فساد كياقوتة أو كجفير (ش) هنا حذف موصوف أي أو قسم فيه فساد وهو معطوف على المنفي والمعنى أنه لا يجوز قسم ما في قسمه فساد لا بالمراضاة ولا بالقرعة لأنه إضاعة مال كالياقوتة والفص واللؤلؤة

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٩/٢٠٥

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٩/٢٠٧

والخفين والمصراعين والخاتم والجفير وهو وعاء السيف وما أشبه ذلك وكلام المؤلف لا إشكال فيه على نسخة كجفير بالجيم وآخره راء ، وأما على نسخة كخفين تثنية خف فمشكل لأنه إن حمل على منع القسم مطلقا اقتضى منع قسم الخفين مراضاة مع أنه جائز كالمصراعين وسائر كل مزدوجين وإن حمل على منع القسم بالقرعة اقتضى جواز قسم الياقوتة **بالتراضي** مع أنه ممتنع .

(قوله كياقوتة إلخ) أي فالكاف الداخلة على ياقوتة أدخلت كل ما كان نفيسا والكاف الداخلة على جفير بالعكس (قوله كالياقوتة إلخ) هذه أمثلة لما فيه الفساد إلا قوله والخفين والمصراعين فليس في قسمتها فساد (قوله فمشكل) والجواب أنا نمنع القسمة على سبيل الإجمال لكن بالنظر للياقوتة فهي عامة للمراضاة والقرعة وبالنظر لتعلقها بالخفين تقصر على القرعة وتجوز بالمراضاة .." (١)

"(ص) أو فيه تراجع إلا أن يقل (ش) تقدم أنه قال لا كبعل وذات بئر أو غرب ثم عطف هذا عليه والمعنى أن قسمة القرعة لا تجوز إذا كان فيها تراجع ومعنى ذلك أن يكون بينهما عرضان قيمة أحدهما عشرون مثلا وقيمة الآخر عشرة مثلا ووقعت القسمة بينهما على أن من صار له الذي قيمته عشرون يرد على صاحبه خمسة دراهم لتعتدل القسمة بذلك فإنه لا يجوز إذ لا يدري كل منهما هل يرجع أو يرجع عليه فحصل الغرر أما لو كانت القسمة **بالتراضي** لجاز ذلك ومحل منع التراجع ما لم يكن ما به التراجع قليلا كالدرهم في أربعين لخفة الأمر في ذلك فإنه جائز وبعبارة والقلة كنصف عشر .

(قوله إلا أن يقل) المعتمد المنع ، ولو قل وهذا في قسمة القرعة كما يشعر به التعليل وأما في المراضاة فيجوز ، ولو كثر .." (٢)

"(قوله أي قسم الماء الجاري) أي بغير القلد كما سيأتي وأما بالقلد فيجبر ، وقوله أي بطريق الجبر أي وأما بطريق **التراضي** فيجوز ، وقوله " ومعنى " المناسب فمعنى (قوله فأطلق المجرى إلخ) التفريع غير صحيح والأولى فأراد بصيغة مفعل اسم فاعل وجعله من إضافة الصفة للموصوف كما هو المفهوم من قوله الماء الجاري (قوله فالجواب أن قسمها إلخ) هذا الجواب يضارب حله أولا ؛ لأن حاصله بقاء مجرى على حاله وليس من إضافة الصفة للموصوف (قوله وإنما امتنع قسم العين) أي مراضاة وقرعة ، وقوله وإنما لم يقسم مجرى الماء أي بطريق الجبر لا بالمراضاة فيجوز ، وقوله لا تتعلق بالعين أي مطلقا لا بطريق **التراضي** ولا بطريق الجبر ، وقوله ولا بمحل جري الماء أي بطريق الجبر لا بطريق **التراضي** ، وقوله حينئذ إنما يتعلق القسم بالماء نفسه ولا يكون إلا بالقلد أي بطريق الجبر ثم هذا رجوع لقوله أولا فأطلق المجرى إلخ ويعارضها قوله فالجواب أن قسمها إلخ فإنه يفيد إبقاء المجرى على حقيقته (قوله وحينئذ) أي حين قررنا هذا التقرير ، وقوله وذلك ظاهر إلخ أي الذي أشار له أولا بقوله فالجواب ، وقوله وأما إن حمل على الماء

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٢٥/١٩

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٣٢/١٩

الجاري أي الذي أشار له أولا وآخرا (قوله مستدرك) أي ؛ لأنه لا يحتاج له إلا لو فسر القلد بالقدر الذي يثقب ويملأ ماء لأقل جزء ويجري النهر له إلى أن ينفد ثم كذلك غيره فلما فسره بالآلة المذكورة الشاملة له وللمنكاب يكون أو غيره مستدركا لا حاجة له .." (١)

"(قوله ويجبر إلخ) ، ولو كان حصة شريكه الآبي تنقص قيمتها بسبب القسمة ولا يخالف هذا ما يلزم في جبر أحدهما للبيع إن نقصت حصة الآخر ؛ لأن ما هنا حظه لم يخرج عن ملكه مع كونه ينتفع به انتفاعا مجانسا للأول وما يأتي خرج عن ملكه بالكلية انظر عج (قوله بشرط أن ينتفع كل إلخ) فإذا لم ينتفع كل فلا جبر بل يقسم **بالتراضي** واعلم أن المدار على الانتفاع وإن نقص الثمن (قوله كالانتفاع قبل إلخ) أي وإن لم يساوه عند ابن القاسم كسكناه قبل القسم وبعده بخلاف عدم سكناه بعده بل إيجاره فقط فلا يجبر حينئذ (قوله كما فهم المعترض) أي أن المعترض فهم أن كلا من المتقاسمين يجبر على قسم القرعة بحيث لا يجوز القسم **بالتراضي** أو المهايأة وهو لا يصح لجوازهما وحاصل الجواب أن المراد كل ممتنع فلا ينافي جواز غيرها عند الاتفاق على ذلك .." (٢)

"(ص) وقسم عن صغير أب أو وصي وملتقط كقاض عن غائب (ش) يعني أن الأب يقسم عن ولده الصغير وكذلك الأم إذا كانت وصية عليه وكذلك وصيه يقسم عنه وكذلك يجوز للملتقط أن يقسم عن الطفل الذي التقطه وكذلك القاضي عن الغائب ويعزل نصيبه وظاهره كانت القسمة في ذلك بالقرعة أو **بالتراضي** وقوله عن غائب أي بعيد الغيبة وإلا انتظر والكاف الداخلة على القاضي للتشبيه فلا تدخل شيئا ولا يقسم الوصي عن الأصاغر حتى يرفع ذلك إلى الإمام فيقسم بينهم إذا رآه نظرا ويستثنى من قوله أب الكافر ولكن التتائي خصه بالأنثى ونصه وقسم عن صغير أب ما لم يكن كافرا فلا يقسم عن ابنته البكر كما لا يجوز له تزويجها .

انتهى المراد منه تأمل (ص) لا ذي شرطة أو كنف أخا ، أو أب عن كبير وإن غاب (ش) معطوف على قاض والمعنى أن قاضي الشرطة لا يجوز له أن يقسم عن غيره من صغير أو غائب إلا بأمر القاضي وسمي بذلك لأن جنده وأعو ا نه ورسله لهم شرط في لبسهم وزيهم تميزهم عن غيرهم وشرطة بوزن غرفة بضم أوله وسكون ثانيه وكذلك الأخ إذا كنف أخاه أي صيره في كنفه احتسابا لله تعالى فليس له أن يقسم عليه وظاهره ولو عدم القاضي وظاهره كان المقسوم قليلا أو كثيرا وهو كذلك وكذلك الأب ليس له أن يقسم عن ولده الكبير الرشيد ولو غائبا ومثله الأم إلا أن تكون وصية وكنف فعل صفة لموصوف محذوف أي أخ كنف أخاه ، وحذف الموصوف في مثل هذا قليل بل قال الرضي إنه ضرورة والأولى أن يكون." (٣)

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٣٧/١٩

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٥٠/١٩

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٧٢/١٩

"ثم ختم الباب بمسألة واردة على قوله وأفرد كل نوع ولذا نسبها للمدونة فقال (ص) وفيها قسم نخلة وزيتونة إن اعتدلا وهل هي قرعة للقلة أو مراضاة ؟ تأويلان (ش) هنا حذف مضاف أي وفيها جواز قسم نخلة وزيتونة إن اعتدلا في القسم وإنما دخلت القرعة هنا فيما اختلف جنسه للقلة وهي لا يمنع دخولها فيما ذكر حيث كان قليلا كما يمنع إذا كثر حفظا للقاعدة وهذا فهم ابن يونس لقولها إن اعتدلا واعتذروا عن قوله فيها تراضيا أي بالاستهام لقولها بعد وإن تركوها لم يجبروا عليها ولقولها إن اعتدلا أو يحمل على أن القسمة الواقعة فيها مراضاة واعتذروا عن قولها اعتدلا بأن التراضي لا يشترط فيه الاعتدال بأنهما دخلا على بيع لا غبن فيه تأويلان ، ومفهوم الشرط إن لم يعتدلا في القسم لم يجز وقوله اعتدلا أي نوعا الشجر والواجب اعتدلتا وقوله للقلة علة لمحذوف أي وأجيزت للقلة .
". (١)

"على قسمة القرعة (قوله أو يحمل على أن القسمة الواقعة فيها مراضاة) أي من قولها تراضيا المشعر بالرضا من الجانبين الذي يكون في قسمة المراضاة (قوله واعتذروا عن قولها اعتدلا) أي عن إيراد قولها اعتدلا ، وقوله بأن التراضي تصوير للورود ، وقوله بأنهما إلخ متعلق باعتذروا وسكت عن إيراد قوله وإن تركوها لم يجبروا ؛ لأن وروده من حيث الإشعار المتقدم وهو خفي (قوله على بيع لا غبن فيه) أي بيعا حكما أو أن المراد كبيع (قوله والواجب) أي لأن الواجب أي إنما احتجنا إلى هذا التأويل ؛ لأنه كان الواجب أن يعبر باعتدلتا فاندفع ذلك بأن التذكير باعتبار كونهما نوعا الشجر أي نوعين من أنواع الشجر .." (٢)

"تمييز حق ، وفي قسمة التراضي بعد التقويم ، والتعديل أنها بيع من البيوع ، وأما قسمة التراضي دون تقويم ، ولا تعديل ، فلا اختلاف في أنها بيع من البيوع فلها حكمه في العيوب ، والاستحقاق ا هـ .

ثم ذكر الناظم موضوع هذا القسم ، وبعض أحكامه فأشار لموضوعه بقوله : تسوغ في تماثل المقسوم ثم صرح بمفهومه ، وأنها لا تجوز في الأجناس المختلفة في قوله : "كذاك في اختلاف الأجناس " لأنه مشبه في الحكم بقوله : وجمع حظين بها مستنكر وهو معنى قول ابن سلمون ، وغيره ولا تجوز قسمة القرعة إلا فيما اتفق جنسه ، أو تقارب ثم قال : ولا تجوز في الأشياء المختلفة من الثياب ، وغيرها وإن عدلت بالقيمة لأن ذلك من المخاطرة ، فلا تجمع الدور مع الأرضين ، والجنات فيها ، ولا أنواع الثمار ، ولا غير ذلك مع سواه مما يخالفه .

وإنما يقسم كل نوع منها على حدة والأرض إن كانت مستوية في الطيب ، والكرم ، وقرب بعضه ا من بعض جمعت في القسم ، ويخرج نصيب كل واحد في موضع واحد وإن كانت مختلفة الأنماط أو بعيدا بعضها من بعض ، فإنما يقسم كل نوع على حدة .

وكذلك الدور ما كان منها متقارب المكان متساويا في الإنفاق ، والرغبة جمع في القسمة ، فيجمع كل واحد نصيبه في

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٧٦/١٩

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٧٨/١٩

دار واحدة ، أو دار ، وبعض أخرى وإلا قسمت كل دار على حدة وأما الجنات ، والثمار فإن اختلفت مثل أن تكون جنة من تفاح ، وأخرى من رمان لم يضم واحد منهما إلى الآخر وإن كانت الثمار فيها مختلطة ، فهي كالكروم ما تقارب منها واتفقت." (١)

"الرغبة فيه ، والكرم جمع بعضه إلى بعض وإلا فلا والجنة الواحدة إذا قسمت وفيها الثمر قسم قاعتها وشجرها بتعديل بالقيمة حتى يكون كل سهم بما فيه من الشجر معادلا السهم الآخر ، وإن اختلف التكسير فيها بالنقصان والزيادة ولا يجوز أن تصير الشجرة من أحد السهام في سهم الآخر ولا يقسم بالقرعة إلا الصنف الواحد ، أو المتشابه فالبز كله صنف واحد .

وينضاف إليه الصوف ، والأفرية وقيل : هو أصناف .

وثياب القطن ، والكتان صنف ، والحرير ، والخز صنف ويقسم المخيط من ذلك مع غير المخيط ، والخيل ، والبغال ، والحمير كل واحد منها صنف .

ا هـ .

باختصار ثم أشار الناظم إلى بعض أحكام هذا النوع من القسمة فقال : ومن أبى القسم بها فيجبر يريد : أن من دعا إلى قسم القرعة ، فإنه يجاب إلى ذلك ، ومن امتنع منه حكم عليه به قال ابن سلمون : " وهذه القسمة هي التي يحكم بها على من أباها ، وبها يقسم على المحاجير " ثم قال : وجمع حظين بها مستنكر المواق سمع ابن القاسم : لا يجمع حظ اثنين في القسم ابن رشد هو قوله في المدونة ومعناه أن لا يكونوا أهل سهم واحد (اللخمي) يجوز أن يجمع نصيبان في القسم بالتراضي ومنع ذلك ابن القاسم في القرعة وسمع القرينان : الإخوة للأم يرثون الثلث يقول : أحدهم أقسموا حصتي على حدة ليس ذلك له ويقسم له ، ولإخوته جميعا الثلث ، ثم يقاسمهم بعد إن شاء ابن رشد لا خلاف في ذلك في أهل السهم الواحد كالبنات ، أو الزوجات ، ونحوهم .

وأما العصبة فثالث الأقوال قول." (٢)

"وقسمة الرضا والاتفاق من غير تعديل على الإطلاق كقسمة التعديل والتراضي فيما عدا الغبن من الأعراض ومدع غبنا بها أو غلطا مكلف إن رام نقضا شططا هذا هو النوع الثالث من أنواع القسمة وهي قسمة المراضاة ، والاتفاق من غير تعديل ، ولا تقويم ، وهي كالنوع الثاني قبله يليه في جميع ما تقدم على الإطلاق كما نبه عليه آخر البيت الأول ما عدا القيام بالغبن فلا قيام في هذا النوع به ، ومن أراد نقض هذه القسمة لدعواه أن فيها غبنا أو غلطا لا يلتفت إليه ولا تسمع دعواه .

وعن عدم اعتبار دعواه عبر بقوله : مكلف إن رام نقضا شططا (أي ظلما ابن سلمون) النوع الثالث : قسمة المراضاة

---

(١) شرح ميارة، ٤٩٥/٢

(٢) شرح ميارة، ٤٩٦/٢

من غير تعديل ، ولا تقويم وهي بيع من البيوع باتفاق ، والحكم فيها كالحكم في التي قبلها إلا في القيام بالغبن فلا قيام به في هذه لأنها كبيع المساومة قال ابن مغيث : فإن كان الذي عقدها وكيلا فللموكل أن يقوم بالغبن إذا ظ ه ر له قاله ابن زرب ، وغيره وفي أقضية المدونة وما يقتضي أنه يقام فيها بالغبن ثم قال قال ابن حبيب : إذا ادعى أحد المتقاسمين الغلط فإن كانت القسمة **بالتراضي** ، فلا يلتفت إلى مدعي الغلط ، وإن ظهر وتبين وهي كبيع المساومة وإذا بيعت السلعة مساومة بثمن يسير فالبيع لازم ، وإن تبين الغبن والغلط ، وإن كانت القسمة بالمساهمة أو على التعديل فله القيام بالغبن إذا ظهر لأن ذلك بمنزلة بيع المرابحة ا هـ .

وقول ابن مغيث موافق للمشهور لأن القاعدة أن كل من ناب عن غيره فلا." (١)

"وعمل الأولاد وباقي المخرجات سواء مات أبو الأولاد ، أو لم يمت هذا هو الصواب وخلافه خطأ بلا ارتياب والله – سبحانه وتعالى – أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم .

=============

#(ما قولكم) في شريكين في بقرة ينتفع بها في الدياسة والطحن وغير ذلك تراضيا على وضعها عند أحدهما فهل يستقل بمنفعتها في نظير مؤنتها وإذا دفعها واضع اليد لأجنبي بغير إذن شريكه لينتفع بلبنها وغيره وأخذ منه في نظير ذلك دراهم وشرط مؤنتها على الأجنبي فهل تكون الدراهم بين الشريكين ويجبر على دفع نصيب شريكه منها أم لا أفيدوا الجواب .

فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله . . . لا يجوز **التراضي** على استقلال واضع اليد على البقرة بمنافعها في نظير كلفتها للجهالة في المعاوضة ويجب توزيع النفقة والمنفعة بينهما على حسب نصيبيهما فإن تبرع واضع اليد بالنفقة وزعت المنفعة بينهم ا بحسب ذلك كما تقدم في جواب خاتمة المحققين أبي محمد الأمير – رحمه الله تعالى – والدراهم المأخوذة من الأجنبي في نظير المنافع من جملة الغلة تقسم بينهما بحسب ذلك جبرا على واضع اليد ، ثم إن كانت المنافع من المجعولة للأجنبي عملا مضبوطا بزمن ، أو نحوه فالعقد صحيح وإن كان اللبن وحده ، أو مع العمل فالعقد فاسد يجب فسخه للغرر والجهالة فيرجع الأجنبي بدراهمه ، أو مثلها ومثل نفقته ، أو قيمتها ويرد اللبن ، أو مثله إن علم قدره وإلا رد قيمته قال في المجموع وأما أخذ البقرة تحلب وتطعم ففاسد وتراجعا كما في الحاشية ونص ما في الحاشية قوله وشراء اللبن إلخ لا ما يفعله الفلاحون ويسمونه الضمان فإنه فاسد فيرجع مالك البهيمة بمثل اللبن إن علم قدره وإلا فبقيمته ويرجع عليه الآخر بكلفة البهيمة كما أفتى به والد عبد الباقي وصورتها أن تأتي لصاحب البقرة ذات اللبن وتعطيه دراهم مثلا وتأخذ البقر ة تأخذ لبنها مدة معينة والكلفة من عندك انتهى ، والله – سبحانه وتعالى – أعلم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم .

=============

#(وسئل سيدي أحمد الدردير رحمه الله تعالى) عن شريك لآخر في سلعة ذهب بها عند أعداء الآخر فغصبوها منه

---

(١) شرح ميارة، ٣/٣

فهل يضمن حصته أم كيف الحال .

(فأجاب) الحمد لله . . . الشريك الذي أخذ السلعة وذهب بها عند أعداء شريكه ضامن إذا لم يكن أذن له الشريك في ذلك والله – سبحانه وتعالى – أعلم .

===========

#(ما قولكم) في رجل يملك قيراطا في طاحونة فتلف جميع آلاتها من الأخشاب والحجارة وبقيت الحيطان ثم قام أربابها واشتروا لها آلة ووضعوها في مكانها دون من له القيراط المذكور فهل إذا أراد الدخول معهم ودفع ما يخصه من ثمن الآلة يمكن من ذلك ، أو كيف الحال ؟ أفيدوا الجواب

فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله نعم يمكن من ذلك كما تقدم و الله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم .

=============

#(ما قولكم) في رجل دفع لآخر ثلثمائة قرش على أن يزيد عليها سبعمائة ويشتركا في بقرة ويدفع له المائتين بعد أجل كذا فتمم المدفوع له بالألف وربطها بطرف ملاءته وجعلها أمامه في خفية وتوجه إلى السوق بإذن شريكه فوصل ورجع مدعيا ضياعها بتمامها فماذا يكون الحكم إذا طلب دافع الثلثمائة أخذها وطلبه دافع السبعمائة المائتين المؤجلتين ؟ أفيدوا الجواب .." (١)

"(ونص الجواب للأول) الحمد لله حيث اقتسما الأرض مراضاة من غير إدخال مقوم صحت القسمة ولا رجوع لأحدهما على الآخر ولا لذرية بعضهما على بعض ولو كانت الأنصباء مختلفة ؛ لأنه على ذلك وقع **التراضي** فلا يجوز نقضه ، والله تعالى أعلم ووافقه الدردير رحم الله تعالى الجميع .

=============

#(وسئل شيخ مشايخي حسن الهواري المالكي) عن رجل حبسه الملتزم مدة تزيد على شهرين وجعل عليه دراهم ظلما وللرجل المحبوس أخ أخذ من آخر طوقا فضة دفعه في المظلمة مع علم صاحب الطوق بذلك ورهن عنده طينا محبسا وزرعه مدة فهل يضيع الطوق على صاحبه وترفع يده عن الطين ويطالب بربحه ويمكن منه صاحبه أفيدوا الجواب .

فأجاب بما نصه : الحمد لله وحده حيث كان الطوق أخذه من ذلك الرجل ودفعه في المظلمة مع علم صاحبه فإنه يضيع على صاحبه ورهن الطين المحبس باطل ولم يصادف محلا وترفع يده عن الطين المرهون ويطالب بربحه مدة وضع يده عليه واستغلاله والله تعالى أعلم . وتقدم أن الذي ينشرح له الصدر الرجوع فيغرم آخذ الطوق قيمته لصاحبه وفي تبصرة ابن فرحون مسألة ولو تسلف المضغوط في فكاك نفسه لزمه ما تسلف انتهى والله – سبحانه وتعالى – أعلم .

============

(١) فتاوى ابن عليش، ٢/٩٨

#(ما قولكم) في أمير طلب من مشايخ بلده دراهم من الخراج فأخذوا المطلوب من شخص ثمن غلة وفردوها على أنفار متعددة بحسب أطيانهم فغاب رجلان من المفرود عليهم فأقام المشايخ وكيلا على غلالها ليوفي ما عليهم وأمنوا رجلا يستلم الغلال لربها فاستلم الأمين البعض من الغلال ودفعها لربها ثم حضر الرجلان ونازعا الأمين وأرادا إلزامه بغلالهم وشهد الوكيل أنه دفعها له فأنكر فهل لا تسمع دعوى الوكيل إلا ببينة وعلى فرض لو ثبت على الأمين ما ذكر لا يطالب بما دفعه لربه بأمر المشايخ أفيدوا الجواب .

فأجاب شيخنا حسن الأبطحي بقوله : الحمد لله ذكر العلامة التاودي في شرح العاصمية أن الحمالة إذا كانت بإذن المظلوم وغرم الحميل رجع عليه وإن تحمل عنه بغير إذنه فلا رجوع وهذا الذي لا ينبغي العدول عنه ؛ لأن إذن الغريم في الحمالة وطلبه لها التزام بما يؤديه الحميل عنه بخلاف ما لو ضمن بغير إذنه فإنه متبرع بفكه وبما أصابه من أصله انتهى فإذا كان أخذ المشايخ المطلوب من شخص ثمن غلة وتوزيعها على الجماعة بإذنهم كان ذلك لازما لهم ولا رجوع حينئذ للرجلين إلا الهاربين بما أخذ من غلالهما لا على الوكيل ولا على الأمين ولا على المشايخ وإن لم تأذن الجماعة للمشايخ في الأخذ والتوزيع المذكورين كان لهما الرجوع على المشايخ لا على الأمين الذي خزنت عنده الغلال وسلمها لربها ولا تقبل دعوى الوكيل فيما أنكره الأمين حتى تشهد بينة بما ادعاه ؛ لأنها شهادة على فعل نفسه وإلا كان القول للأمين بيمينه والله – سبحانه وتعالى – أعلم . وتأمل قوله وإن لم تأذن إلخ وفي تبصرة ابن فرحون مسألة لو هرب المضغوط فأخذ الحميل بما تحمل حتى باع متاعه فحكمه في ذلك حكم المضغوط ؛ لأنه مظلوم مأخوذ بغير حق ولا رجوع للحميل على المضغوط من معين الحكام .

===========

#(ما قولكم) في مشايخ بلد جعل عليهم الحاكم دراهم غرامة فأخذوها من بعض الناس وقالوا لهم وقت الدفع ندفع لكم بدلها قمحا ثم دفع المشايخ للمأخوذ منهم دراهم إلا واحدا قال لا آخذ إلا قمحا فهل يجب عليه قبول مثل دراهمه ولا يلزم من أخذ الدراهم إلا رد بدلها أفيدوا الجواب .." (١)

"فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله تسوغ قسمته قسمة اغتلال وانتفاع على أحد القولين واستظهره بعضهم وأفتى به الأجهوري مرارا وحينئذ فيترك أهل تلك البلاد على عادتهم ، ولا يشوش عليهم بالقول الآخر ، وإن أفتى به ابن عرفة ، وأما قسمته بتا بحيث من نابه شيء يتصرف فيه تصرف المالك ، ولا ينقض القسم باختلاف عددهم أو الحبس بزيادة أو نقص فلا تجوز اتفاقا ، ولم أعلم لعمل بعض نواحيكم فيها مستندا في المذهب لا مشهورا ، ولا شاذا ونص الأجهوري في بعض أجوبته القسمة في منفعة الوقف وفي الغلة صحيحة حيث لم يحصل مخالفة لما اعتبره الواقف انتهى . وقال في جواب آخر قسم الشيء المحبس إن كان على وجه أن كل واحد يملك ما خرج له بالقسم أو يبقى على ما هو عليه ولو تغير حال الحبس بنقص أو زيادة امتنع ، وإن كان على أنه يبقى على حاله ما دام لم يتغير حال الحبس فإن تغير جرى فيه التغيير فاستظهر بعض المتأخرين الجواز ا . هـ . وقال في

---

(١) فتاوى ابن عليش، ١٢٦/٢

جواب آخر لا يجوز قسم الحبس ، ولا بعضه على أن كل واحد يختص بما صار له ويفعل فيه ما شاء كما يفعل المالك فيما يملكه ، وأما قسمه مهايأة على أنه يأخذ بعض المحبس عليه موضعا والآخر موضعا لينتفع كل واحد بما أخذ فإنه يجوز **بالتراضي** على أحد الأقوال ، وهو الظاهر ، وإذا وقع القسم على الوجه الممنوع فإنه يرد انتهى .

=============

#وفي البرزلي سئل شيخنا الإمام عن حائط محبس على رجلين أرادا اقتسامه للاغتلال هل يجوز أم لا ؟

فأجاب لا يجوز قسم الحبس للاغتلال ، ولا غيره انتهى قال البرزلي عقبه تقدم في كتاب القسمة قسمه للاغتلال وما أجازه مالك من قسمة الغنم للبن إذا كان على وجه المكارمة بحيث لو اختص أحدهما رجع على صاحبه فلا يبعد أن يجري هنا أيضا ، ثم قال وقال لنا شيخنا أبو عبد الله بن عتاب في قسمة الحبس اختلاف موجود في مسائل المدونة وغيرها منها . قال ابن القاسم عن مالك من حبس أو تصدق على أولاده الصغار والكبار فلم يجز الكبار حتى مات أو فلس بطل ، ولا يجوز منه شيء ابن القاسم وكذا الهبة ، وروى علي أن الصدقة يجوز منها حظ الصغار ؛ لأنها تقسم ويبطل الحبس كله ؛ لأنه لا يقسم وقال في مسألة ولد الأعيان : يقسم الحبس على عدد الولد وولد الولد ، ثم قال فإن انقرض واحد من ولد ولد الأعيان قسم نصيبه على من بقي من ولد الأعيان وعلى ولد الولد وفي المسألة طول ولابن أبي زيد فيها كتب وفي المقرب فيها بيان وذكرتها لأجل القسمة في الحبس ، وهو خلاف ما قال أكثر أصحاب مالك . وفي المنتخب اختلف ابن أيمن وابن الأعبس في قسمة الحبس فقال الأول : يقسم ويكتب به وثيقة وقال الآخر : لا يقسم ويفسخ إن وقع واحتج برواية علي المذكورة واختلافهما خطأ ؛ لأن معنى قسمة الحبس في المرض قسمة انتفاع لا قسمة يمنع منها من أبى والممنوع م نها قسمة البتات انتهى . فتحصل من هذه النقول أن قسمة الانتفاع جائزة على الظاهر أو اتفاقا وأن قسمة البتات ممنوعة اتفاقا والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم .

==========

#(ما قولكم) في محبس عليه أرض بنى أو غرس فيها وبين أنه ملكه وقلنا له أو لوارثه نقضه كما هو معلوم واستغل ما بناه أو غرسه ، ثم مات فطلب وارثه النقض فهل يحاسب بالغلة التي استغلها موروثه قبل موته أو لا ؟." (١)

"[قوله : ويؤجل المعترض سنة] أي إذا لم يسبق منه وطء لها كان الاعتراض سابقا على العقد أو متأخرا عنه ، فإن سبق منه وطء لها ثم اعترض فتلك مصيبة نزلت بها وكذا خصاء أو جب أو كبر أدرة أو هرم حدث بعد الوطء حيث لم يتسبب في ذلك ، وإلا فلها الخيار ، وأما لو تزوجته فوجدته كبير الأدرة فإن منعت الوطء فلها الخيار ، وإلا فلا ، ومحل كونها لا رد لها بالحادث من جب ونحوه بعد الوطء حيث لم تخش على نفسها الزنا ، وإلا فلها التطليق ؛ لأن للمرأة التطليق بالضرر الثابت ، ولو بقرائن الأحوال ، وقوله سنة أي سنة بعد الصحة من يوم الحكم فلا يؤجل ، وهو بالمرض ، ولا عبرة بالمرض الطارئ بعد ضرب الأجل استغرق جميع السنة أو بعضها ، وهذا إذا ترافعا للحاكم ، وأما إذا لم يترافعا وتراضيا على ذلك فمن يوم **التراضي** كما قاله بهرام .

---

(١) فتاوى ابن عليش، ٢/٢١٨

[قوله : وعليه اقتصر صاحب المختصر] ، وهو المعول عليه أي يؤجل نصف سنة بعد الصحة من يوم الحكم كان ذا شائبة أو لا ، إلا أن العلة التي ذكروها للتأجيل ، وهي إمرار الفصول الأربعة إذ ربما أثر الدواء في فصل موجودة في العبد

[قوله : إذا تقاررا على عدم الوطء] أي ، وأما لو ادعى الوطء ، وأنكرته فإن كانت الدعوى في الأجل أو بعد الأجل أنه وطئ في الأجل ، فالقول قوله : بيمينه فإن نكل حلفت ، وكان القول قولها فإن لم تحلف بقيت زوجة ، وأما لو ادعى الوطء بعدها لم يصدق قطعا وللموازية كلام آخر لم يرتضه بعض من شراح خليل .

[قوله :." (١)

"وترد إلا أن تفوت بمفوت البيع الفاسد فالقيمة ولا ترد كاستيلادها ولا يغرم المشتري قيمة ولدها ولا تكون به أم ولد ، وكذا القيمة لازمة للمقترض بفواتها بوطء تحقيقا أو ظنا كغيبته عليها ولا يجوز **التراضي** على ردها إلا فيما إذا فاتت بحوالة سوق ونحوه فيجوز أن يتراضيا على ردها وليس فيه تتميم للفاسد ؛ لأن ذاتها عوض عما لزمه من القيمة ولا محذور في ذلك .

[قوله : لأنه يؤدي إلى إعارة الفروج] أي لأن المقترض يجوز له أن يرد نفس الذات المقترضة وربما يكون ردها بعد التلذذ [قوله : أو كانت في سن من لا توطأ] قال في التحقيق : وهذا عندي فيه نظر ؛ لأن القرض لا يجب أن يكون إلى أمد معلوم ، فيجوز أن يطول الأمد وهي عنده فيطؤها ويردها بعينها ا هـ .." (٢)

"[قوله : من يد مشتر أو غيره] أي كوارث وموهوب ولو كان ذلك المشتري اشتراها من الغاصب حيث لا علم عنده بالغصب .

[قوله : بفتح الميم] أي فالفعل مبني للفاعل مسند لتاء المخاطب مصدوقها المشتري أو غيره المشار له بقوله من يد مشتر إلخ .

[قوله : قائما] أي على التأبيد الغير المغيا إن كان الباني مشتريها مثلا ، وعلى التأبيد المغيا بحد إن كان الباني مستأجرا أو مستعيرا للأرض وحصل الاستحقاق قبل انقضاء المدة .

قال تت : ولا يلتفت إلى ما أنفق كان البناء قليلا أو كثيرا جيدا أو رديئا .

[قوله : فإن أبى المشتري] أي أو كان عديما وبدأ بصاحب الأرض بالخيار ؛ لأنه أقوى سببا إذ الأرض له وانتقل الخيار للباني إذا أبى المستحق ليزول الضرر عنهما وكانا شريكين إذا أبيا ؛ لأن كل واحد منهما له حق ، فإذا قال المالك ما عندي ما أعطيه الآن وما أريد إخراجه ولكن يسكن وينتفع حتى يرزقني الإله ما أؤدي منه لم يجز ذلك ، ولو رضي المستحق منه ؛ لأنه سلف جر نفعا ، وكذا لا يجوز **التراضي** على أن يستوفي ما وجب له من كراء الشيء المستحق عند ابن القاسم .

---

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٢٦٧/٥

(٢) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٣١/٦

تنبيه : هذا إذا استحقت بملك ، وأما لو استحقت بحبس من يد صاحب شبهة بعد أن بناها أو غرسها فليس للباني أو الغارس إلا نقضه أو شجره إذ لا يجوز له دفع قيمة الأرض ؛ لأنه يؤدي إلى بيع الوقف ، وليس لنا واحد معين يطالبه الباني بقيمة بنائه أو غرسه قائما كان الحبس على معين أو غيره .

[قوله : وفي نسخة أبيا إلخ] لا يخفى أنه لا." (١)

"الذي حبسها اختيارا حتى فات الوقت (آثم) بمد الهمز وكسر المثلثة .

واستشكل بأن ترك السنة ليس إثما وأجيب بأن المراد بالإثم فوات ثواب السنة والكراهة الشديدة ، وبأن المراد أنه دليل على إثمه بفعل معصية ؛ لأن الله سبحانه وتعالى يعاقب المذنب بحرمانه من السنة ، وبأن التأثيم والاستغفار في كلامهم ليس خاصا بترك الواجب بل يستعملونه كثيرا في ترك السنة ، وربما أبطلوا الصلاة بتركها ويأمرون بالاستغفار منه كالإقامة (ول) جنس ا (لوارث القسم) لضحية مورثه الذي مات بعد تذكيتها أو قبلها وأنفذها الوارث بالقرعة ؛ لأنها تمييز حق لا بالتراضي ؛ لأنها بيع ، رواه الأخوان عن الإمام مالك " رضي الله عنه " وعيسى عن ابن القاسم ، وظاهره قسمها على حسب الميراث وهو سماع عيسى وصوبه اللخمي .

وقيل : على قدر الأكل فالذكر والأنثى والزوجة سواء ا هـ عب .

البناني فيها ثلاثة أقوال ذكرها ابن رشد ولخصه ا ابن عرفة فقال ابن رشد في أكلها أهل بيته على نحو أكلهم في حياته وإن لم يكونوا ورثة وقسمها ورثته على الميراث .

ثالثها : يقسمونها على قدر ما يأكلون لسماع ابن القاسم وسماعه عيسى وظاهر الواضحة ا هـ .

والأول هو الذي استظهره ابن رشد .

وقول " ز " وظاهره القسم على الميراث أي ؛ لأنه هو الظاهر من قسم الوارث ، لكن قال الحط الظاهر أن المصنف مشى على أنهم يقسمونها على الرءوس ؛ لأنه قول ابن القاسم .

وقال التونسي إنه أشبه القولين ا هـ .

قال طفي هذا وهم ؛ لأن قول ابن." (٢)

"النقل عن المتقدمين .

وأما غير المعين فلا يشترط فيه التراضي اتفاقا لقوله في العيب .

وأجبر عليه إن لم تعين وجعل بعضهم التردد جاريا في غير المعين أيضا ، وعليه فالفرق بين الاستحقاق والعيب أن الاستحقاق لا ينشأ غالبا عن تفريط وتدليس ، بخلاف العيب .

الحطاب أي وإن استحق المسكوك المعين ولم يحصل طول ولا مفارقة بل استحق بالحضرة فإن الصرف صحيح لا

---

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ٢٤٩/٧

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٣٩/٥

ينتقض ويعطيه بدل المستحق .
ثم اختلف المتأخرون في نقل المذهب هل عدم انتقاضه ، محله إذا تراضيا بالبدل وإن لم يتراضيا به فلا يجبران عليه ، ويفسخ الصرف أو يجبر صاحب المستحق على إبداله ، ويصح الصرف في ذلك طريقان .
الأولى لابن يونس واللخمي والمازري والرجراجي وغيرهم ، والثانية لابن الكاتب وابن عبد السلام ، هذا أقرب ما يحمل عليه كلام المصنف ولم يتكلم على المسكوك غير المعين ، وحكمه أنه إن استحق بعد مفارقة أو طول انتقض الصرف بلا خلاف عل ى ظاهر كلام اللخمي والرجراجي ، وصرح به ابن الكاتب .
وإن لم يفترقا ولم يطل ، ففي التوضيح عن بعضهم أنه لا ينقض بلا خلاف وهو ظاهر كلام اللخمي والمازري وابن عبد السلام وابن الكاتب .
وظاهر كلام ابن الحاجب أن فيه خلافا والمشهور عدم النقض .
وظاهر كلام الرجراجي أنه منتقض على قول ابن القاسم ويجوز البدل ، وظاهر المدونة أن مذهب ابن القاسم أن استحقاق الدراهم قبل المفارقة والطول يقتضي الفسخ ، سواء عينت أم لم تعين .
وإن أبدلها بالحضرة." (١)

"(و) إذا كان بعض الديون عرضا أو طعاما أو كانت كلها عروضا ، واختلفت صفاتها أو أطعمة كذلك (قوم) بضم القاف وكسر الواو مثقلا دين (مخالف النقد) أي الدنانير والدراهم وهو العرض والطعام ، سواء كان العرض مقوما أو مثليا وتعتبر قيمته (يوم الحصاص) فكسر الحاء المهملة ، أي المحاصة والقسمة بين الغرماء بنقد من صنف ما أريد قسمه ، ويحاص لصاحب المخالف بقيمته .
(واشتري) بضم المثناة وكسر الراء (له) أي صاحب مخالف النقد (منه) أي جنس وصفة دينه ا هـ المخالف للنقد (بما) أي النقد الذي (يخصه) أي يخرج وينوب صاحب المخالف بالمحاصة بقيمة دينه في مال المفلس أو الميت ، فإن كان مائة دينار وعليه لشخص مائة دينار ولآخر عرض يساوي مائة دينار ولآخر طعام كذلك دفع لصاحب النقد ثلاثة وثلاثون دينارا وثلث دينار ، واشترى لصاحب عرض مثل عرضه جنسا وصفة بثلاثة وثلاثين دينارا وثلث دينار ، ولصاحب الطعام كذلك وهذا مع المشاحة ، وأما مع التراضي فيجوز أخذ صاحب المخالف النقد الذي خصه بالمحاصة إذا لم يمنع منه مانع كما يأتي .
(و) إن لم يشتر لصاحب العرض أو الطعام منه حتى رخص أو غلا (مضى) القسم أو التقويم (إن رخص) بضم الخاء المعجمة حتى صار إذا اشترى بما خصه يكون المشترى بالفتح أكثر مما خصه فلا تحاصصه الغرماء في الزائد (أو غلا) نوع الطعام أو العرض حتى إذا اشترى له بما خصه يكون المشترى بالفتح أقل مما يخصه فلا يرجع على الغرماء فيما خصهم فلا تراجع بين." (٢)

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٢/١٠

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٥٧/١٢

"اللخمي وابن الهندي ، وحكاها ابن العطار عن ابن القاسم ونفي الصفة التي تأولها أبو إبراهيم الفاسي على المدونة ، وحكاها ابن العطار عن عيسى بن دينار ويتم هذا بالوقوف على نصوصهم وذلك أنه قال في المدونة ويقسم الجدار إن لم يكن فيه ضرر .

أبو الحسن يعني بالقرعة .

وأما **بالتراضي** فيجوز وإن كان فيه ضرر ويأتي الاعتراض الذي في قسم الساحة بعد قسم البيوت لأنه قد يقع لكل منهما الجهة التي تلي الآخر إلا أن يقتسما على أن من صار له جهة الآخر يكون للآخر عليه الحمل .

وقال اللخمي صفة القسم فيه إذا كان جاريا من المشرق إلى المغرب أن يأخذ أحدهما مما يلي القبلة والآخر مما يلي الجوف لأن هذا ليس بقسمة لأن كل ما يضعه عليه أحدهما من خشب وبناء فثقله ومضرته على جميع الحائط ، ولا يختص النول والضرر بما يليه إلا أن يريد أن يقسما الأعلى مثل كون عرضه شبرين فيبني كل واحد على أعلاه يسيرا مما يليه لن فسه ، ويكون هذا انضماما للأعلى وجملة الحائط على الشركة الأولى ، فإذا انهدم اقتسما أرضه وأخذ كل واحد نصفه مما يليه .

ابن عرفة وصفة قسمه عند اللخمي أن يقسم طولا لا عرضا .

وقال أبو إبراهيم ظاهر المدونة قسمته عرضا لقوله وكان ينقسم ، قال وأما طولا فينقسم وإن قل ، وقال ابن الهندي سنة قسم الحائط أن يقسم بخيط من أعلاه إلى أسفله فيقع جميع الشطر لواحد ، وجميع الشطر الآخر لواحد آخر إلا أن يتفقا على قسمة عرضه على طوله .

وقال ابن العطار وعيسى بن دينار." (١)

"بالنسبة لها بمنزلة العين ، فيها لمالك " رضي الله تعالى عنه " لو اشترى أو باع بفلوس فهي كالعروض إلا أن تكون سلعة خفيفة الثمن إنما تباع بالفلوس وما أشبهها ، فالفلوس فيها بمنزلة العين ابن يونس لأنه اشتراها أي وباعها بالعرف من ثمنها فلم يتعد .

وعطف على كفلوس المشبه في التخيير مشبها آخر فيه فقال (وكصرف ذهب) دفعه الموكل لوكيله ليسلمه في طعام له فصرفه (بفضة) وأسلمها في طعام ، فإن كان قبض الوكيل الطعام خير موكله في قبضه وتركه وتغريم الوكيل مثل ذهبه ، وإن لم يقبضه تعين تغريمه مثل الذهب ، ولا يجوز لهما **التراضي** على أخذ الموكل الطعام لأنه بيع له قبل قبضه لانعقاد السلم للوكيل بمخالفته وفسخ لما في الذمة في مؤخر (إلا أن يكون) صرف الذهب بالفضة قبل الشراء به (الشأن) أي المعتاد بين الناس في شراء تلك السلعة أن لا يسلم إلا الفضة ويكون نظرا فلا خيار للموكل .

" ق " فيها إن دفعت إليه دنانير يسلمها لك في طعام أو غيره فلم يسلم حتى صرفها دراهم ، فإن كان هو الشأن في تلك السلعة وكان نظرا لأن الدراهم فيما يسلم فيه أفضل فذلك جائز ، وإلا كان متعديا ، وضمن الدنانير ولزمه الطعام ، ولا يجوز أن تتراضيا على أن يكون الطعام لك إلا أن يكون قد قبضه الوكيل فأنت مخير في أخذه أو أخذ دنانيرك منه

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٣٦/١٣

.

وعطف على المشبه في التخيير مشبها آخر فيه فقال (وكمخالفته) أي الوكيل على الشراء (مشترى) بفتح الراء (عين) بضم فكسر مثقلا ، أي عينه." (١)

"(و) الثاني (مراضاة) بينهما أو بينهم في قسمة ذات المشترك بينهما أو بينهم (ف) هي (كالبيع) في أن من صار له شيء اختص بملكه وأنها تكون فيما تماثل وفيما اختلف وفي المقوم والمثلي ، وأنه لا يرد فيها بغبن إن لم يدخلا فيها مقوما ، وأنها لا تحتاج إلى تعديل ولا إلى تقويم ، وأنه لا يجبر عليها من أباها .

الحط هذا هو القسم الثاني من أقسام القسمة الثلاثة ، وهي قسمة المراضاة ، وسماها بعضهم قسمة بيع .

ابن عرفة وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منه ما يعد له بتراض ملكا للجميع وهو قسمان ، قسم بعد تقويم وتعديل وهذا لا يقضى به على من أباه ، ويجمع فيه بين حظ اثنين وبين الأجناس والأصناف والمكيل والموزون إلا ما يدخر من الطعام الذي لا يجوز التفاضل فيه ، ويقام فيه بالغبن إذا ظهر والأظهر أنه بيع وقسم بلا تقويم ولا تعديل ، وحكمه حكم الذي بتقويم وتعديل إلا في القيام بال غبن وهو بيع بلا خلاف ، قاله في المعين وغيره ونحوه في التوضيح والتنبيهات .

(تنبيهان) الأول : شبه المراضاة بالبيع مع قول اللخمي وابن رشد أنها بيع لإجازتهم الفضل في قسمة قفيز بر لكل منهما نصفه بالتراضي على أن لأحدهما ثلثيه وللآخر ثلثه ، فلو كانت بيعا محضا لم تجز للربا .

الثاني : ابن راشد يعكر على قولهم قسمة المراضاة بيع إجازتهم فيها قسم قفيز بر بينهما نصفين على الثلث والثلثين ، ولو كانت بيعا لامتنعت بهذا الوجه للربا .

طفي جوابه تصريحهم بجواز القسمة." (٢)

"(و) النوع الثالث من أنواع القسمة (قرعة) بضم القاف وسكون الراء .

ابن عرفة وهو فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم مما يمتنع علمه حين فعله وهذا القسم هو المقصود من هذا الباب إذ المهايآت إجارة ولها باب ، والمراضاة بيع وله باب (وهي) أي القرعة (تمييز حق) مشاع عند سحنون .

عياض وهو الصحيح في مذهبنا وقول أئمتنا .

ابن فرحون وهو المشهور ، وفي الشامل هو الأصح .

ولمالك في المدونة هي بيع .

اللخمي وهو أصوب وأطرب قول ابن القاسم فيه .

ابن رشد وكذا اختلف في قسم التراضي بالتقويم والتعديل دون قرعة هل هو بيع أو تمييز ، وقسم التراضي دون تعديل

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٣٨٣/١٣

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٥٥/١٥

بيع اتفاقا والأظهر أن قسم القرعة تمييز ، وقسم **التراضي** بيع .

قلت ذكر الخلاف في قسمة التعديل والتقويم هل تمييز أو بيع خلاف ظاهر ما للباجي في قسم الصيحاني والعجوة بالخرص ، وهو قوله ، وعندي أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة لأنها تمييز حق ، فلو لم يكن التمييز خاصا بالقرعة لما صح استدلاله به عليها .

(وكفى) في القسمة (قاسم) واحد والأولى اثنان كما يفيده تعبير المصنف بكفى ، وصرح به ابن حبيب واشترطهما ابن شعبان .

ابن حبيب لا يأمر القاضي بالقسم إلا المأمون المرضي العارف وإن كانا اثنين فهما أفضل ، وإن لم يوجد إلا واحد كفى .

وقال الشافعية يشترط في منصوب الإمام الحرية والعدالة والتكليف والذكورة لأنه حاكم وعلمه بالمساحة والحساب والتقويم ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية لأنه." (١)

"(وأفرد) القاسم في قسمة القرعة (كل نوع) من المقسوم الحظ ، يعني أنه لا يجوز جمع جنسين ولا نوعين متباعدين في قسمة القرعة .

قال في المدونة ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظا والرقيق حظا ويستهمون وإن اتفقت قيم ذلك أنه خطر ، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة ، البقر على حدة ، والغنم على حدة ، والعروض على حدة ، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم .

وكذلك أن يجعلوا دنانير ناحية ، وما قيمته مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ، ويقترعوا .

وإما **بالتراضي** بغير قرعة فجائز ، وأما داران في موضع وإن تفاضلتا في البناء كواحدة جديدة وأخرى رثة أو دار بعضها رث وباقيها جديد فذلك يجمع في القسم لأنه نوع واحد من جيد ودون بالقيم كقسم الرقيق على تفاوته ، وكل صنف لا بد فيه من ذلك ، فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمل القسمة بيع الجميع عليهم ، وقسم ثمنه بينهم إلا أن يتر ا ضوا على قسم شيء بغير سهم فيجوز .

ا هـ .

(وجمع) بضم فكسر في قسمة القرعة (دور) بضم الدال جمع دار متلاصقة .

" ق " فيها لمالك " رضي الله عنه " إن كانت مواضع الدور مختلفة مما يتشاح الناس فيها العمران أو غيره قسمت كل دار على حدتها إلا أن يتفق منها داران أو ثلاثة في الصفة والنفاق في مواضعها فتجمع المنفقة في القسم ويقسم باقيها

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٥٩/١٥

كل دار على حدة (أو أقرحة) بفتح الهمز وسكون القاف وكسر الراء ، فحاء مهملة جمع قراح بفتح القاف ، أي أرض زراعة ليس عليها بناء." (١)

"وفي العلو والسفل : تأويلان

(وفي) جواز جمع (العلو والسفل) في القسم بالقرعة من دار واحدة الصالحين له ومنعه (تأويلان) وأما **بالتراضي** فجائز اتفاقا .

طفي قول تت وفي جواز قسمه بالقرعة أي أو **بالتراضي** لأن المجيز بالقرعة يقول **بالتراضي** من باب أولى ، فاقتصرت على التوهم فهو كقول عياض ذهب بعضهم إلى أن ذلك إنما يجوز بالخراصات لا بالقرعة على ما جاء مفسرا لعبد الملك ، وما في كتاب ابن شعبان والعلة أنه كقسم شيئين إذ لا ساحة للعلو ، وإنما هو مرتفق للسفل ، والأكثر أجازوه على الوجهين بالسهم والمراضاة ، ورجحه أبو عمران ، وهكذا في ابن عرفة .." (٢)

"(أو) قسم (فيه فساد) للمقسوم فلا يجوز لأنه إضاعة مال (كياقوتة أو كجفير) كذا في كثير من النسخ بجيم وفاء عقبها تحتية وراء ، وفي بعض كخفين مثنى خف ، فعلى الأول المعنى ظاهر وهو منع قسمة ما يفسد بها لا بالقرعة ولا بالمراضاة ، كلؤلؤة وفص وخاتم وجفير سيف ، وأما على الثاني فلا يخلو الكلام من إشكال لأنه إما أن المنفي قسمة القرعة فيفهم أن قسمة المراضاة جائزة في الياقوتة والجفير جميعا ، وليس كذلك ، لأن قسم اللؤلؤة والفص والخاتم والياقوتة لا يجوز بالمراضاة ولا بالقرعة .

وإما أن يكون المنفي القسمة مطلقا فيفهم منه أن الخفين لا يجوز قسمهما بالمراضاة ، وليس كذلك ، بل يجوز قسم الخفين والنعلين والمصراعين والباب والثوب الملفق من قطعتين والرحى بالمراضاة قاله في المدونة .

أبو الحسن في قسم الرحى بأن يأخذ هذا حجرا وهذا حجرا .

قلت مثله الكتاب من سفرين أو أسفار والله أعلم ، و ا لسواران والقرطان كما قال ابن رشد فيما إذا ظهر العيب بأحد المزدوجين .

وقال ابن راشد في اللباب وما له أخ لا يقسم إلا **بالتراضي** .

وقال الرجراجي وما هو زوج لا يستغنى بأحدهما عن صاحبه كالخفين والبابين والغرارتين فلا يقسم بين الشريكين إلا **بالتراضي** ، والله أعلم ، فيها قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الجذع بين الرجلين أراد أحدهما قسمته وأباها صاحبه لا يقسم .

أشهب إنما القسم في غير الرباع والأرضين فيما لا يحال عن حاله ولا يحدث بقسمه قطع ولا زيادة." (٣)

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٦٦/١٥

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٧٧/١٥

(٣) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٠٨/١٥

"دراهم .

قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يقسم الثوب بينهما إلا أن يجتمعا عليه ، وكذا الخفان والنعلان والجل والخرج لا يقسم إذا أبى ذلك أحدهم .

ابن القاسم والفص والياقوتة واللؤلؤة والخاتم ، هذا كله لا يقسم عند الإمام مالك رضي الله تعالى عنه .

وفي الذخيرة قاعدة يمتنع القسم تارة لحق الله تعالى للغرر كقسمة المختلفات بالقرعة أو للربا كقسم الثمار بشرط التأخير إلى طيبها لأنه بيع طعام بطعام غير معلومي التماثل أو لإضاعة المال كقسم ياقوتة ، وتارة لحق آدمي كقسم دار صغيرة وحمام ومصراعي باب ، ويجوز **بالتراضي** إذ للآدمي إسقاط حقه ، بخلاف حق الله تعالى فليس له إسقاطه .." (١)

"(و) إذا قسمت الثمرة لاختلاف الحاجة ثم قسمت الأصول فوقع نصيب كل من الثمرة في أصل الآخر (سقى ذو) أي صاحب (الأصل) أصله وإن كانت ثمرته لغيره على المشهور ، وشبه في وجوب السقي فقال (ك) سقي (بائعه) أي الأصل (المستثني) بكسر النون ، أي المشترط (ثمرته) أي الأصل المبيع فسقيه عليه حتى يجذ ثمرته ويسلمه لمشتريه .

" ق " فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذا اقتسما الثمرة كما وصفنا بعد قسمة الأصول كان على واحد منهم سقي نخلة ، وإن كان ثمرها لغيره لأن على صاحب الأصل سقيه إذا باع ثمرته .

وقال سحنون السقي هاهنا على رب الثمرة لأن القسم تمييز حق .

ابن يونس ما قال سحنون هو الصواب ، وأما من باع أصل حائط دون ثمرته فالسقي على البائع لأن المبتاع لا يسلم له الأصل حتى يجذ البائع ثمرته ، وقاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه .

وعطف على الممنوع فقال (أو فيه) أي القسم (تراج ع) أي رجوع أحد المتقاسمين بمال على الآخر لعدم تساوي القسمين في القيمة ، كدارين قيمة إحداهما مائة والأخرى خمسون على أن من صارت له ذات المائة يدفع خمسة وعشرين لمن صارت له ذات الخمسين فلا يجوز لأنه غرر إذ لا يدري كل منهما حين القسم هل يرجع أو يرجع عليه ، وهذا في قسمة القرعة .

وأما في قسمة **التراضي** فيجوز لانتفاء الغرر ويمتنع بالقرعة في كل حال إلا أن يقل) بفتح فكسر مثقلا ما يرجع به أحدهما على الآخر فيغتفر ، ويجوز القسم المشتمل عليه بالقرعة .

اللخمي لأنه لا." (٢)

"أو لبن في ضروع ، إلا لفضل بين

(أو قسم لبن) لنعم وهو (في ضروع) بأن يأخذ أحدهما شاة أو بقرة أو ناقة يحلبها والآخر شاة أو بقرة أو ناقة يحلبها

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٠٩/١٥

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢١٨/١٥

فلا يجوز لأنه غرر في كل حال (إلا لفضل بين) بكسر الياء مشددة أي ظاهر فيجوز **بالتراضي** ، كأخذ أحدهما شاة والآخر بقرة أو ناقة لأنه معروف .

" ق " فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا يجوز قسم اللبن في الضروع لأنه مخاطرة .

وأما إن فضل أحدهما الآخر بأمر بين على وجه المعروف ، وكان إذا هلك ما بيد أحدهما من الغنم يرجع فيما بيد صاحبه فذلك جائز ؛ لأن أحدهما ترك للآخر فضلا بغير معنى القسم .." (١)

"ولا يجبر على قسم مجرى الماء

(و) إن اشتركوا في الماء ومجراه وطلب أحدهم قسم مجراه وأباه الآخر ف (لا يجبر) بضم التحتية وفتح الموحدة الآبي (على قسم مجرى) بفتح الميم والراء وسكون الجيم ، أي محل جريان (الماء) لأنه إذا تعدد مجراه لا يستوي جريه فيه ، بل قد يجري في بعضها أكثر من جريانه في غيره فيلزم غبن بعض الشركاء فيه ، فلا يقسم أصل العين والآبار ، ولكن يقسم شربها بالقلد ولا يقسم مجرى الماء ، وما علمت أن أحدا أجازه وإن ورثوا قرية على أجزاء مختلفة ولها ماء ومجرى ماء ورثوا أرضها وماءها وشربها وشجرها قسمت الأرض بينهم على قدر مواريثهم منه .

أبو الحسن أطلق المجرى هنا على الماء الجاري ولم يرد موضعه الذي يجري فيه .

ا هـ .

ابن ناجي أطلق المجرى هنا على الماء الجاري ، وإنما منع قسمه لما فيه من النقص والضرر لأنه لا يتأتى إلا بحاجز بين النصيبين أما في أصل العين وهو يؤدي إلى نقص الماء أو غوره إن صادف الحاجز الينبوع .

وأما في محل جريه وهو لا يضبط الأنصباء لأنه قد يعرض له ما يميل به إلى إحدى الجهتين .

البساطي أي لا يجبر على قسم الأرض التي هي محل جري الماء إذ الماء لا ضابط له في جريه لأنه يعرض له من الريح ما يميل به عما كان مائلا عنه ومفهوم عدم الجبر جوازه **بالتراضي** .." (٢)

"(و) إذا قسمت تركة بين عصبة فقط ف (لا يجمع) القاسم في القسم (بين) نصيبي (عاصبين) أو أكثر في كل حال (إلا برضاهم) أي الورثة ، ولذا جمع الضمير " ق " سمع ابن القاسم لا يجمع حظ اثنين في القسم .

ابن رشد هو قوله فيها ، ومعناه إن لم يكونوا أهل سهم واحد .

اللخمي يجوز أن يجمع نصيبين في القسمة **بالتراضي** ، ومنع ذلك ابن القاسم في القرعة ، وسمع القرينان الإخوة للأم يرثون الثلث فيقول أحدهم اقسموا حصتي على حدة ، فلا يجاب لذلك ، ويقسم له ولإخوته جميعا الثلث ثم يقاسم بعد إن شاء .

ابن رشد لا خلاف في ذلك في أهل السهم الواحد كالبنات والزوجات ونحوهم .

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٥/٢٢٠

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٥/٢٢٣

وأما العصبة فقال ابن القاسم لهم أن يجمعوا نصيبهم إن أرادوا ذلك عددا (إلا) أن تكون العصبة (مع) ذي فرض (كزوجة) وبنت وأخت وأم وأخ لأم (فيجمعون) بضم التحتية أي العصبة (أولا) بشد الواو منونا ويسهم بينهم وبين ذي الفرض ثم يقتسمون ثانيا إن شاءوا فيها لا يجمع حظ رجلين في القسم إلا إن ترك زوجة وولدا عددا أو عصبة غير ولد فيسهم للزوجة على أحد الطرفين ، ويكون الباقي للولد أو العصبة .

وشبه في جواز الجمع فقال (كذي) أي صاحب (سهم) أي نصيب كنصف من نحو دار وباقيها لشريكه ومات عن سهمه (و) عن (ورثة) فتجمع الورثة ويسهم بينهم وبين شريك مورثهم ثم يقتسمون ثانيا إن شاءوا .

(تنبيهان) .

الأول : طفي تفسير ضمير رضاهم بالورثة تتبع فيه الشارح ، وهو غير صواب ، لأنهما عزوا ما قاله المصنف لابن." (١)

"إلى القسمة يقتسمونها ، وإن فات بعضه وبقي سائره على حاله اقتسم ما لم يفت مع قيمة ما فات ، أفاده الحط

.

طفي ونحوه لابن سلمون ، وزاد في مؤلفه ابن لبابة إذا فات المقسوم ببناء أو هدم أو بيع مضى القسم ولا كلام للقائم بغلط أو غبن ابن عبد الغفور والأول أحسن .

ابن عرفة ابن حبيب فوته بالبيع لغو ما لم يفت ببناء مبتاعه .

ا هـ .

فلو فصل المصنف بين القيام والفوت لكان أولى ، وهذا في قسمة القرعة .

وشبه بها في النقض فقال (ك) قسمة (المراضاة) فتنقض بتفاحش الجور أو الغلط أو ثبوته فيها (إن) كانا (أدخلا) أي المقتسمان في قسمة المراضاة (مقوما) بكسر الواو مشددة ، فإن لم يدخلا مقوما فلا تنقض بذلك .

الحط ابن حبيب إن ادعى أحدهم الغلط بعد القسم ، فإن كانوا قسموا بالتراضي بلا سهم وهو جائز ، والأمر فلا ينظر إلى دعوى ذلك ، وإن كان الغلط ببينة أو بغيرها من أمر ظاهر لأنه كبيع التساوم يلزم فيه الغبن وإن قسموا بالسهم على تعديل القيمة فهو كبيع المرابحة .

أبو عمران إنما يصح قول ابن حبيب على وجه وهو إذا تولوا القسمة بأنفسهم .

وأما إن كانوا أدخلوا بينهم من قوم لهم ثم ظهر فيها الغبن فتفسخ القسمة لأنهم وإن سموها تراضيا لم يدخلوا إلا على التساوي ا هـ .

وظاهره أنهم إذا لم يدخلوا مقوما بينهم وقوموا لأنفسهم لا يقام فيها بالغبن والظاهر أن هذا ليس بمراد ، وإنما المراد أن قسمة المراضاة إذا كانت بلا تعديل ولا تقويم لا يقام بالغبن فيها ، ومتى كانت بتقويم." (٢)

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٥/٢٢٨

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٥/٢٤٧

"وتعديل فيقام بالغبن فيها ، سواء كان التقويم من غيرهم أو منهم .

اللخمي دعوى الغلط في القسمة على أربعة أوجه ، أحدها : أن يعدلا ذلك ثم يقترعا ، أو يأخذا بغير قرعة ثم يدعي أحدهما غلطا فهذا ينظر فيه أهل المعرفة ، فإن كان سواء أو قريبا من السواء فلا ينقض ، وإلا فينقض ، والقول قول مدعي الغلط .

والثاني : أن يقولا هذه الدار تكافئ هذه وهذا العبد يكافئ هذا من غير ذكر القيمة ثم يقترعا أو يأخذا ذلك بغير قرعة .

والجواب فيه كالأول لأن مفهوم ذلك التعديل والمساواة في القيم ، وكذلك إذا قالا هذه الدار تكافئ هذا المتاع أو هذه العبيد ثم أخذ كل واحد منهم أحد الصنفين **بالتراضي** بغير قرعة ، ثم تبين أن القيم مختلفة .

والثالث : أن يقول أحدهما خذ هذه الدار وهذا العبد وأنا آخذ هذه الدار ، وهذا العبد من غير تقويم ولا ذكر مكافأة ، فإن كانت القسمة **بالتراضي** مضى الغبن على من كان في نصيبه وإلا على قول من لم يمضه في البيع ، وإن كانت بالقرعة وهما عالمان به فسدت فتفسخ جبرا عليهما .

وإن لم يطلبه أحدهما لأنه غرر وإن كانا ظنا التساوي صحت ، والقيام بالغبن فيها كالعيب .

والرابع : اختلافهما في صفقة المقسم كقسمهما عشرة أثواب فكان بيد أحدهما ستة ، وقال هي نصيبي عليه اقتسمناه .

وقال الآخر واحد منها لي وأنا سلمتك غلطا ، فاختلف فيها فقال ابن القاسم القول قول حائزه بيمينه ، إن أتى بما يشبه لإقرار الآخر بالقسم وادعائه بعض ما بيد صاحبه .

وقال أشهب." (١)

"القول للحائز بيمينه ، وقال ابن عبدوس يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب وحده ، ثم ذكر كلام ابن حبيب في هذا القسم الرابع .

وقال الرجراجي إن ادعى أحدهم الغلط في القسمة فذلك على وجهين ، أحدهما : أن يلوا القسم بأنفسهم .

والثاني : أن يقدموا من يقسم بينهم ، فإن تولوه بأنفسهم ثم ادعى أحدهم الغلط فذلك على أربعة أوجه ، وذكر هذه الأوجه الأربعة التي ذكرها اللخمي ، ثم قال وأما إن قدموا من قسم بينهم ثم قال أحدهم إن القاسم جار أو غلط فقال ابن القاسم فيها لا يلتفت إلى قولهم وليتم قسمته ، فإذا فرغ منها فينظر السلطان فيها ، فإن وجدها على التعديل مضى ما قسم ولا يرد ، فإن رضي جميعهم برده ونقضه واستئناف القسمة بالقرعة أو **التراضي** فلا يجوز لأنهم ينتقلون من معلوم لمجهول ، وهو ما يخرج لهم بالقسمة الثانية ولو تراضوا بنقضه ، بشرط أن يأخذ كل واحد شيئا معلوما معينا جاز ، وإن وجد السلطان فيه غبنا فاحشا نقضه قولا واحدا ، وإن كان غير فاحش فقال ابن القاسم فيها يرد وقال أشهب لا يرد ا هـ .

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٤٨/١٥

وفي التنبيهات القسمة على ثلاثة أضرب قسمة حكم وإجبار ، وهي قسمة القرعة ، وقسمة مراضاة وتقويم ، وقسمة مراضاة على غير تعديل ، وحكم هذه حكم البيع في كل وجه ، ولا يرجع فيها بالغبن على القول بأنه لا يرجع به في البيع ، ويرجع بالغبن في الوجهين الأولين ويعني عن اليسير من ذلك في قسمة **التراضي** .

واختلف في اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد." (١)

"بأنهما دخلا على الاعتدال وإن لم يشترط في **التراضي** في الجواب (تأويلان) ومفهوم اعتدلتا امتناع القسم إن لم تعتدلا ، فيها فإن كانت نخلة وزيتونة بين رجلين فهل يقتسمانها فقال إن اعتدلتا في القسم وتراضيا بذلك قسمتهما بينهما يأخذ هذا واحدة وهذا واحدة ، وإن كرها فلا يجبران .

ابن يونس قوله تراضيا أي على أن يستهما عليهما فلذلك شرط الاعتدال .

سحنون ترك ابن القاسم قوله لا يجمع بين صنفين مختلفين في القسم .

عياض حمل بعضهم مسألة النخلة والزيتونة على قسمة القرعة وهو الأظهر لقوله اعتدلتا ، ومع ذلك فلا يكون إلا بتراضيهما على الإسهام عليهما ، قالوا وهذا نزوع من ابن القاسم إلى مذهب أشهب في جمع الجنسين بالسهم على **التراضي** وابن القاسم لم يجزه ، وقد يقال لا نزوع لشرطه في منع الجمع احتمال كل صنف القسم وإلا جاز كما هنا ، والله أعلم .

وقال سحنون المراد بها قسم المراضاة والله سبحانه و تعالى أعلم .." (٢)

"امتناع مهاداة المتقارضين ، وأجاب عنه بأن الهدية هنا غير محققة لإمكان عدم الربح ، بخلاف الهدية فإنها منفعة محققة .

البناني ما عللوا به المنع في باب القرض من اتهامه على قصد استدامة القراض موجود هنا ، وعبارة الحط تنبيه .

في المدونة هنا **التراضي** على جزء قل أو كثر .

وقال في باب الآجال وإن قارضت رجلا أو أسلفته مالا فلا تقبل منه هدية .

أبو الحسن الفرق بينهما أن الهدية محققة وهذه متوهمة ، أو أنه في كتاب الآجال لم يعمل وهنا عمل .." (٣)

"(و) إن تعدد من يرث وقسمت الخمسون يمينا على الورثة بحسب أنصبائهم وانكسرت يمين منها (جبرت) بضم الجيم وكسر الموحدة أي كملت اليمين المنكسرة (على أكبر كسرها) أي اليمين ولو كان صاحب الكسر الكبير أقل عددا من الأيمان الصحيحة كابن وبنت ، فإذا قسمت الخمسون على ثلاثة عدد الرءوس خص الابن ثلاثة وثلاثون يمينا وثلث يمين ، والبنت ست عشرة يمينا وثلثا يمين ، فتجبر على الثلثين فتحلف البنت سبع عشرة يمينا والابن ثلاثة

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٤٩/١٥

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٩٣/١٥

(٣) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٣٣٧/١٥

وثلاثين ، ويسقط عنه الثلث ، وهذا عند المشاحة في التكميل .
وأما عند **التراضي** فمن شاء التكميل كمل ولو قل كسره ، هذا مذهب المدونة .
وفي المقدمات يكملها أكثرهم نصيبا فيكملها الابن في المثال المذكور ، وقيل تكمل على كل كسر فيكملها الابن والبنت فيه .
ابن عرفة فإن انكسرت عليهم يمين بأجزاء مختلفة ففي جبرها على ذي الأكثر منها أو من الأيمان ، ثالثها على كل ذي كسر لها ول نقل ابن رشد غير معزو ومع غيره عن الموطإ من رواية يحيى خلاف رواية ابن القاسم وابن بكير ، ونقل ابن الحاجب مع كافي أبي عمر ، وقول ابن حارث اتفقوا على أنها لا تجبر على كل واحد منهم فتصير الأيمان أكثر من خمسين يقتضي نفي الثالث (وإلا) أي وإن لم يكن أكبر بأن استوت الكسور كثلاثة بنين (ف) تجبر (على) الكسور (الجميع) فيحلف كل ابن سبع عشر يمينا ويصير المجموع إحدى وخمسين يمينا ، فقولهم خمسين أي ما لم يكن انكساره وإلا فقد تزيد عليها يجبر الكسور ، فلو." (١)
"بالقرعة لا **بالتراضي** ؛ لأن القرعة على المشهور تمييز حق والظاهر أن المصنف مشى على أنهم يقتسمونها على الرءوس لا على المواريث ؛ لأنه قول ابن القاسم قال التونسي : إنه أشبه القولين ، وأما إن مات قبل الذبح ، وقبل أن يوجبها ، ولم يفعل الورثة المستحب ، فهي كمال من أمواله انظر ابن عبد السلام والله أعلم .." (٢)
"أن القرويين اختلفوا في محل القولين اللذين في المدونة هل هو بعد الافتراق والطول أو عند عدم كل واحد منهما ؟ ولنذكر لفظه في المدونة ليتبين لك الفهمان قال فيها ومن اشترى إبريق فضة بدينار أو دراهم فاستحقت الدنانير أو الدراهم انتقض البيع ؛ لأنه صرف ومن صرف دنانير بدراهم فاستحقت الدراهم انتقض الصرف ، وقال أشهب لا ينتقض إلا أن تكون الدراهم معينة يريه إياها وأما إن باعه من دراهم عنده أو من كيسه أو من تابوته فعليه مثلها مكانه ما لم يفترقا ابن القاسم ولو أنه إذا استحقت ساعة صارحه ، قال : خذ مثلها مكانه قبل التفرق جاز ولو طال أو تفرقا لم يجز فقوله : في قول أشهب مكانه لم يفترقا دليل على أنه إنما يخالف ما إذا كان بالحضرة وقوله في المدونة في أول المسألة : فينتقض الصرف يحمل على ما إذا لم يكن بالحضرة .
(تنبيهان الأول) قيد ابن يونس قوله في المدونة " أنها إذا استحقت " ، وق ا ل ساعة صارحه خذ مثلها جاز إذا تراضيا ، وكذلك قال ابن المواز وغمز أبو بكر بن عبد الرحمن ما قاله ابن المواز من اشتراط **التراضي** قال : لأنه لو كان مراده أن الخلف إنما يجوز **بالتراضي** لم يكن لتقييد هذا الجواب بقوله : لم يفترقا معنى ؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا على خلف

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٣٠٩/١٩

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٤١/٩

الدراهم المستحقة صار ذلك مستأنفا لا يمنع منه ما تقدم من عقد بطل باستحقاق الدراهم المازري وهذا قد يعتذر عنه بأنه قيد بقوله : ما لم يفترقا ؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا ببدل الدراهم." (١)

"ص (ولا يلزمه دفعه بغير محله ولو خف حمله) ش : يعني ولا يلزم المسلم إليه دفع المسلم فيه بغير محله ولو خف حمله إلى المسلم إذا طلبه ويريد إلا العين وعكس هذا إذا طلب المسلم إليه أن يدفع المسلم فيه إلى المسلم ، وهو كذلك وهنا في غير العين قال ابن رشد في أواخر السلم الأول من التنبيه : وإذا لقي المسلم المسلم إليه في غير البلد الذي اشترط فيه القضاء فإن كان عينا وجب على كل واحد منهما الرضا بالأخذ إذا طلبه الآخر فإن كان عروضا لها حمل ومؤنة لم يجبر كل واحد منهما بالقضاء إلا **بالتراضي** فإن كان عروضا لا حمل لها كالجواهر مثلا فهل تكون كالعين أو كالنوع الآخر فيه قولان وهما خلاف في حال فإن كان الأمن في الطريق فلا شك في كونها كالعين أو كان غيره فلا شك في كونها كالعرض وينبغي أيضا أن يكون كالعروض مع الخوف ا هـ .

ونقله ابن عرفة عنه فلو ظفر به في غيره وكان في الحمل مؤنة لم يلزمه القضاء على ما تقدم وطلب المشتري من البائع أن يدفع له المسلم فيه فإن كان له حمل ومؤنة لم يلزم البائع ما طلبه به المشتري وإن لم يكن له حمل فقولان والمشهور أنه مثل الأول ا هـ ، وقال في التوضيح : فإن ظفر من عليه الدين بالطالب وأراد المديان التعجيل فامتنع الطالب ويحتمل عكسه فعلى الأول فقال ابن بشير وغيره : المسألة على ثلاثة أقسام إن كان الدين عينا وجب القبول قال في أنواره : إلا أن يتفق أن للطالب فائدة في التأخير كما لو حصل في الزمن خوف أو فيما بين." (٢)

"ص (وبقسمته إن طلبت لا بطوله عرضا) ش : ما ذكره ابن غازي في شرح هذه المسألة كاف في بيانها وملخص النقول التي ذكرها أنه إن أريد قسمه **بالتراضي** قسم على ما تراضوا عليه من الطول ، أو العرض ، وإن أريد قسمه بالقرعة فالذي مشى عليه المصنف يقسم طولا وطوله هو امتداده بينهما ، وعرضه هو سمك طره فإذا كان الجدار مثلا طوله جاريا بينهما من المشرق إلى المغرب وعرضه جهة الشمال إلى أحدهما وجهة الجنوب إلى الآخر قسم طوله نصفين نصف يلي المشرق ، ونصف يلي المغرب ، ولا يقسم عرضا بأن يأخذ كل واحد منهما نصف عرض الجدار كما إذا كان عرضه مثلا شبرين فلا يأخذ أحدهما شبرا مع طول الجدار ، ويأخذ الآخر شبرا مع طوله أيضا ؛ لأنه قد يقع لأحدهما الجهة التي تلي الآخر فيفوت المراد من القسمة قال عيسى بن دينار : ولا تصلح القرعة في مثل هذه القسمة قال أبو الحسن : إلا أن يقتسماه على أن من صار ذلك له يكون ل لآخر عليه الحمل انتهى .

(تنبيه) قال صاحب المسائل الملقوطة وإذا كان حائط بين رجلين ، فانهدم ، فأراد أحدهما بناءه مع صاحبه وامتنع الآخر من ذلك فعن مالك في ذلك روايتان إحداهما أنه لا يجبر الذي أبى منهما على البنيان ، ويقال لطالب ذلك استر على نفسك ، وابن إن شئت وله أن يقسم معه عرض الجدار ويبني لنفسه والرواية الأخرى أنه يؤمر بالبنيان مع شريكه

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٤٤٨/١٢

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٧/١٤

ويجبر على ذلك قال ابن عبد الحكم : وهذا أحب إلينا انتهى .

من الكافي انتهى .

كلام صاحب المسائل الملقوطة ونقل الروايتين." (١)

"ص (وأفرد كل نوع) ش : يعني أنه لا يجوز جمع جنسين ولا نوعين متباعدين في قسمة القرعة ، قال في المدونة : ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظا والرقيق حظا ويستهمون وإن اتفق قيم ذلك ؛ لأنه خطر وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة البقر على حدة والغنم على حدة والعروض على حدة إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية وما قيمته ما ماثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان أو يقترعوا وأما **بالتراضي** بغير قرعة فجائز وأما داران في موضع وإن تفاضلتا في البناء كواحدة جديدة وأخرى رثة أو دار بعضها رث وباقيها جديد فذلك يجمع في القسم ؛ لأنه نوع واحد منه جديد ودون بالقيم كقسم الرقيق على تفاوتها وكل صنف لا بد فيه من ذلك فإن كان كل صنف من ذلك لا يحتمل القسمة بيع عليهم الجميع إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم فيجوز ، انتهى .

ص (وجمع دور وأقرح ة) ش : كذا في بعض النسخ بالواو وفي بعضها بأو وعلى النسخة الأولى فالواو بمعنى أو والمراد أن الدور تجمع على حدة والأقرحة على حدة ولا يريد أن الدور تجمع مع الأقرحة ، قال ابن الحاجب : وتجمع الدور المتقاربة المكان المستوية نفاقا ورغبة مهما دعا إليه أحدهم ثم قال : وكذلك بالقرى والحوائط ، والأقرحة يجمع ما تقارب مكانه كالميل ونحوه وتساوى في كرمه وعيونه بخلاف اليوم ، قال ابن عبد السلام : لا يريد المؤلف هذه الأنواع التي ذكرها من قرى وحوائط وأقرحة تجمع." (٢)

"ص (أو فيه فساد كياقوتة أو كجفير) ش كذا في كثير من النسخ أو كجفير بالجيم والفاء وبعدها ياء ثم راء وفي بعضها كخفين تثنية خف فعلى النسخة الأولى يكون المعنى ظاهرا وهو أن ما يفسد بالقسمة لا يجوز قسمه لا بالقسمة ولا بالمراضاة وذلك اللؤلؤة والفص والخاتم وجفير السيف وأما على النسخة الثانية فلا يخلو الكلام عن إشكال ؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون المنفي قسمة القرعة فيفهم منه أن قسمة المراضاة جائزة في الياقوتة والخفين جميعا وليس كذلك ؛ لأن قسم اللؤلؤة والفص والخاتم والياقوتة لا يجوز بالمراضاة ولا بالقرعة ، وإما أن يكون المنفي القسمة مطلقا فيفهم منه أن الخفين لا ينقسمان بالمراضاة وليس كذلك بل يجوز قسم الخفين والنعلين والمصراعين والباب والثوب الملفق من قطعتين والرحا بالمراضاة ، قاله في المدونة ، وقال أبو الحسن في قسم الرحا بأن يأخذ هذا حجرا وهذا حجرا قلت ومثله الكتاب من سِفرين أو أسفار ، والله أعلم .

ومثله السواران والقرطان كما قاله ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصرف فيما إذا ظهر العيب بأحد

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٤/٤٥٧

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٥/٤٤٩

المزدوجين فإنه كظهوره فيهما جميعا ، وقال ابن راشد في اللباب في باب القسمة : وما له أخ لا يقسم إلا **بالتراضي** ، انتهى .

وقال الرجراجي : وما له زوج لا يستغني أحد عن صاحبه كالخفين والبابين والغرارتين فلا يقسم بين الشريكين إلا **بالتراضي** ، انتهى ، والله أعلم .." (١)

"ص (أو فيه تراجع إلا أن يقل) ش : يعني أنه لا يجوز قسم القرعة إذا كان فيها تراجع إلا أن يكون ذلك قليلا ، قال في الرسالة : وقسم القرعة لا يكون إلا في صنف واحد ولا يؤدي أحد الشريكين ثمنا وإن كان في ذلك تراجع لم يجز القسم إلا بتراض ، انتهى .

وقال في المدونة : ولا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية وما قيمة مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ويقرعوا وأما **بالتراضي** بغير قرعة فجائز ، قال الشيخ أبو الحسن : تقدم ما للخمي ويشير إلى ما قدمه عنه في أول كتاب القسمة ونصه : وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير مثل أن يكون قيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا على من صارت له التي قيمتها مائة أعطى صاحبها خمسة دنانير ؛ لأن هذا مما لا بد منه ولا يتفق في الغالب أن يكون قيمة الدارين سواء .

الشيخ .

انظر هذا الذي قاله اللخمي مع ما في الرسالة وما تقدم لعياض أن يقال معنى م ا قال أبو محمد : تراجع كثير ، انتهى .

وما قدمه عن عياض هو ما ذكره في أول كتاب القسمة لما تكلم على قسمة القرعة ، فقال : ولا يجوز تعديل السهام بزيادة دراهم أو دنانير أو غير ذلك من غير جنس المقسوم من إحدى الجهتين ، انتهى .

وقال ابن عرفة بعد أن نقل كلام اللخمي قلت : ظاهر الروايات منع التعديل في قسم القرعة بالعين ، انتهى .

وجزم المصنف في التوضيح بما قاله اللخمي ونصه : فرعان ، الأول : اختلف في قسم العلو والسفل بالقرعة ، الثاني : يجوز في القرعة أن يكون بينهما الشيء." (٢)

"ص (فإن تفاحش أو ثبت نقضت) ش : أي ثبت الجور والغلط ، قال أبو الحسن الصغير في أول كتاب القسمة ، قال الباجي في وثائقه : إنما يرجع بالغبن في القرب ، انتهى .

وقال في معين الحكام ، قال بعض الأندلسيين : وأما ما يقام بالغبن فيما قرب وأما ما بعد أمره وطال تاريخه فلا يقام فيه بغبن ، انتهى .

وقال ابن سهل عن أبي إبراهيم : وحد ذلك العام ويفيته أيضا البناء والغرس ، انتهى .

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٥/٤٥٩

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٥/٤٦٠

وقال في معين الحكام أيضا : وإذا ثبت الغبن في القسمة انتقضت ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه الفوات فإن فاتت الأملاك بما ذكرنا رجعا في ذلك إلى القيمة يقتسمونها وإن فات بعضه وبقي سائره على حاله اقتسم ما لم يفت مع قيمة ما فات ، انتهى .

ص (كالمراضاة إن أدخلا مقوما) ش : نحو هذه العبارة نقلها أبو الحسن عن أبي عمران ونصها : قال ابن حبيب : وإذا ادعى أحدهما الغلط بعد القسم فإن قسموا **بالتراضي** بلا سهم وهم حائز والأمر فلا ينظر إلى دعوى ذلك وإن كان الغلط ببينة أو بغير ذلك من أمر ظاهر ؛ لأنه كبيع التساوم يلزم فيه التغابن وإن قسم بالسهم على تعديل القسم فلا يقبل قوله إلا ببينة أو يتفاحش الغلط فترد فيه القسمة كبيع المرابحة ، قال أبو عمران : إنما يصح قول ابن حبيب على وجه وهو إذا تولوا القسمة بأنفسهم وأما إن أدخلوا بينهم من يقوم لهم ثم ظهر فيها الغبن فسخت القسمة بينهم ؛ لأنا وإن سميناه تراضيا فلم يدخلوا فيه إلا على التساوي ، انتهى .

وظاهرها أن الشركاء إذا." (١)

"لم يدخلوا مقوما وإنما قوموا لأنفسهم أنه لا يقام في ذلك بالغبن والظاهر أن ذلك ليس بمراد وإنما المراد أن قسمة المراضاة إذا كانت بتعديل وتقويم فإنما يقام فيها بالغبن ، قال اللخمي : دعوى الغلط بعد القسم على أربعة أوجه ، أحدها : أن يعدل ذلك بالقيمة ثم يقترعا أو يأخذ ذلك بغير قرعة ثم يدعي أحدهما غلطا فهذا ينظر إليه أهل المعرفة فإن كان سواء أو قريبا من السواء وإلا نقض القسم وكان القول قول من ادعى الوهم والغلط ، والثاني : أن يقولا هذه الدار تكافئ هذه وهذا العبد يكافئ هذا من غير ذكر القيمة ثم يقترعان أو يأخذان ذلك بغير قرعة والجواب فيه كالأول ؛ لأن مفهوم ذلك التعديل والمساواة في القيم وكذلك إذا قالوا هذه الدار تكافئ هذا المتاع أو هذه العبيد ثم أخذ كل واحد منهم أحد الصنفين **بالتراضي** بغير قرعة ثم تبين أن القيمة غير مختلفة ، والثالث : أن يقول أحدهما خذ هذه الدار وهذا ال‌عبد من غير تقويم ولا ذكر مكافأة فإن كانت القسمة **بالتراضي** مضت المغابنة على ما كانت في نصيبه إلا على قول من لم يمضها في البيع وإن كانت القسمة بالقرعة وهما عالمان بتغابنهما كانت فاسدة تفسخ بالجبر وإن لم يدع واحد منهما إليه ؛ لأن القرعة على ذلك غرر وإن كانا يظنان أنها متساوية كانت جائزة والقيام في ذلك كالعيب والرابع أن يختلفا في الصفة التي وقع القسم عليها مثل أن يقتسما عشرة أثواب فكان بيد أحدهما ستة ، وقال : هي نصيبي على هذا اقتسمنا ،." (٢)

"وقال الآخر : الواحد منها لي وأنا سلمته غلطا فاختلف فيه على ثلاثة أقوال ، وقال ابن القاسم : القول قول الحائز له مع يمينه إذا أتى بما يشبه ؛ لأن الآخر أقر بالقسم وادعى ما في يد صاحبه ، وقال أشهب : القول قول الحائز مع يمينه ، وقال محمد بن عبدوس : يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب وحده ثم ذكر كلاما لابن حبيب في هذا .

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٤٦٥/١٥

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٤٦٦/١٥

القسم الرابع : قال الرجراجي : إذا ادعى أحدهم الغلط في القسمة فذلك على وجهين ، أحدهما : أن يلوا القسم بأنفسهم ، والثاني : أن يقدموا من يقسم بينهم فإن تولوا القسم بأنفسهم ثم ادعى أحدهم الغلط فذلك على أربعة أوجه وذكر هذه الأوجه الأربعة التي ذكرها اللخمي ثم قال : وأما إذا قدموا من يقسم بينهم فادعى أحدهم أن القاسم جار أو غلط ، فقال ابن القاسم في المدونة : لا يلتفت القاسم إلى قولهم وليتم قسمته فإذا فرغ منها نظر السلطان فيها فإن وجدها على التعديل مضى ما قسم ولا يرد فإن رضي جميعهم برده ونقضه ليستأنفا القرعة أو **التراضي** بقسمته مرة أخرى لم يجز ؛ لأنهم ينتقلون من معلوم إلى مجهول وهو ما يخرج لهم في المستقبل ولو تراضوا بنقضه بشرط أن يأخذ كل واحد شيئا معلوما معينا جاز وإن وجد السلطان غبنا فاحشا نقضه قولا واحدا وإن كان غير فاحش ، فقال ابن القاسم في المدونة : إنه يرد ، وقال أشهب : لا يرد ، انتهى .

وقال في التنبيهات القسمة على أربعة أضرب ، قسمة حكم ، وإجبار وهي قسمة القرعة ، وقسمة مراضاة وتقويم ، وقسمة." (١)

"المنتقى ، وقال ابن غازي : تحرير عجيب في أن تعيين الزمان من قبيل ما يترجح فيه أجرة المثل كما أن القراض إلى أجل من قبيل ما يترجح فيه قراض المثل ، وتصور الفرق بينهما جلي انتهى .

كأنه يشير إلى أن تعيين الزمان هو أن يشترط عليه أن يشغل جميع المدة بالبيع والشراء مثل أن يدفع له مال القراض ، ويبيع ويشتري فيه شهرا أو شهرين ونحو ذلك على أن يبيع ويشتري جميع الزمان ، وأن القراض إلى أجل مثل أن يدفع له مال القراض إلى شهر ونحوه ، ولا يشترط عليه أن يبيع في جميع الزمان والله أعلم .

ص (ورضاهما بعد على ذلك) ش : هذا هو المشهور وإن كانت الزيادة للعامل فهو أحق بها في الموت والفلس لقبضه لها وإن كانت لرب المال ، فقيل : تبطل لعدم الحوز ، وخرج اللخمي قولا بالصحة قال في التلقين : ومال المتأخرون إلى النفوذ انتهى .

من التوضيح (تنبيه :) أجاز في المدونة هنا **التراضي** على جزء قل أو كثر ، وقال في باب الآجال : وإن قارضت رجلا مالا أو أسلفته إياه فلا تقبل منه هدية قال أبو الحسن : والفرق بينهما أن الهدية محققة ، وهذه متوهمة أو أنه في كتاب الآجال لم يعمل وهنا عمل انتهى بالمعنى .." (٢)

"كراء المشاع قال في المدونة : يجوز كراء المشاع كنصف عبد أو دابة قال اللخمي : وإذا أكرى رجل من رجل نصف عبده أو دابته ، أو داره جاز ذلك ، ثم هما في العبد والدابة بالخيار بين أن يقتسما المنافع يوما بيوم ، أو يومين بيومين فيستعمله المستأجر في الأيام التي تصير إليه فيستخدم العبد ، ويركب الدابة ، وإن شاء آجره من غيره ، وإن شاء أن يؤاجر ذلك من أجنبي ، ويقتسما الأجرة ، وإن لم يكن العبد من عبيد الخدمة ، وكانت له صنعة لا يمكن تبعيضها

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٤٦٧/١٥

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٤/١٦

ترك لصنعته واقتسما خراجه ، وأما الدار ، فإن كانت تنقسم قسمت منافعها ، وسكن المكتري فيما يصير إليه ، أو أكراه ، وإن كانت لا تحمل القسم أكريت واقتسما كراءها إلا أن يحب أحدهما أن يأخذها بما يقف عليه كراؤها ، وإن كان العبد أو الدابة ، أو الدار شركة فأكرى أحدهما نصيبه بإذن شريكه جاز ، وعاد الجواب في قسمة منافعه إلى ما تقدم إذا كان جميعه لواحد .

فإن أكرى ذلك بغير إذن شريكه ، فلم يجز ودعا إلى البيع كان له ذلك في العبد والدابة والدار إذا لم تنقسم ، وإن لم يدع إلى البيع ، ورضي ببقاء الشركة لم يكن له رد الكراء ، وإن كانت الدار تنقسم ودعا الشريك إلى قسمة المنافع كان ذلك له وقسمت بالقرعة فما صار للمكري أخذه المكتري ، وإن أراد المكري أن يقسم **بالتراضي** كان للمكتري منعه من ذلك ، وإن دعا الشريك إلى قسم الرقاب كان له ذلك ، ومن حق المكتري أن يقسم بالقرعة فما صار للمكري كان حق المكتري فيه ، وإن." (١)

"فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله . . . لا يجوز **التراضي** على استقلال واضع اليد على البقرة بمنافعها في نظير كلفتها للجهالة في المعاوضة ويجب توزيع النفقة والمنفعة بينهما على حسب نصيبيهما فإن تبرع واضع اليد بالنفقة وزعت المنفعة بينهما بحسب ذلك كما تقدم في جواب خاتمة المحققين أبي محمد الأمير – رحمه الله تعالى – والدراهم المأخوذة من الأجنبي في نظير المنافع من جملة الغلة تقسم بينهما بحسب ذلك جبرا على واضع اليد ، ثم إن كانت المنافع من المجعولة للأجنبي عملا مضبوطا بزمن ، أو نحوه فالعقد صحيح وإن كان اللبن وحده ، أو مع العمل فالعقد فاسد يجب فسخه للغرر والجهالة فيرجع الأجنبي بدراهمه ، أو مثلها ومثل نفقته ، أو قيمتها ويرد اللبن ، أو مثله إن علم قدره وإلا رد قيمته قال في المجموع وأما أخذ البقرة تحلب وتطعم ففاسد وتراجعا كما في الحاشية ونص ما في الحاشية قوله وشراء اللبن إلخ لا ما يفعله الفلاحون ويسمونه الضمان فإنه فاسد فيرجع مالك البهيمة بمثل اللبن إن علم قدره وإلا فبقيمته ويرجع عليه الآخذ بكلفة البهيمة كما أفتى به والد عبد الباقي." (٢)

"فأجاب الشيخ حسن الجداوي رحمه الله تعالى بقوله : الحمد لله ما كان عليه الأصول فيجب جري الفروع عليه ويسوغ لأحدهما الرجوع على الآخر والله تعالى أعلم ووافقه الشيخ الدردير رحمه الله تعالى .

==========

(وسئلا أيضا رحمهما الله تعالى) عن أخوين لهما أرض خراجية اقتسماها مراضاة ثم قيس نصيب كل وظلم أحدهما في القياس زيادة عن الآخر فهل إذا أراد ورثة ولدي الأكثر ظلامة تحويل شيء من ظلامة نصيب جدهم على عم أبويهم لا يجابون لذلك ولا عبرة بها في الدفتر ولو كان كاتبه مسلما ، أو كيف الحال أفيدوا الجواب

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٨٢/١٦

(٢) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ١٢١/٤

(ونص الجواب للأول) الحمد لله حيث اقتسما الأرض مراضاة من غير إدخال مقوم صحت القسمة ولا رجوع لأحدهما على الآخر ولا لذرية بعضهما على بعض ولو كانت الأنصباء مختلفة ؛ لأنه على ذلك وقع **التراضي** فلا يجوز نقضه ، والله تعالى أعلم ووافقه الدردير رحم الله تعالى الجميع .

=============." (١)

"يأخذ بعض المحبس عليه موضعا والآخر موضعا لينتفع كل واحد بما أخذ فإنه يجوز **بالتراضي** على أحد الأقوال ، وهو الظاهر ، وإذا وقع القسم على الوجه الممنوع فإنه يرد انتهى .

=============

وفي البرزلي سئل شيخنا الإمام عن حائط محبس على رجلين أرادا اقتسامه للاغتلال هل يجوز أم لا ؟." (٢)

"الثَّالِثَةُ : فِي جِنْسِهِ وَوَصْفِهِ . الرَّابِعَةُ : فِي تَأْجِيلِهِ . [الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى] [فِي حُكْمِهِ الصداق] - أَمَّا حُكْمُهُ : فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّوَاطُؤُ عَلَى تَرْكِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) وَقَوْلِهِ تَعَالَى : (فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) . [الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ] [فِي قَدْرِهِ الصداق] وَأَمَّا قَدْرُهُ : فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِأَكْثَرِهِ حَدٌّ . وَاخْتَلَفُوا فِي أَقَلِّهِ ، فَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ وَفُقَهَاءُ الْمَدِينَةِ مِنَ التَّابِعِينَ : لَيْسَ لِأَقَلِّهِ حَدٌّ ، وَكُلُّ مَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا وَقِيمَةً لِشَيْءٍ جَازَ أَنْ يَكُونَ صَدَاقًا ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَقَالَ طَائِفَةٌ بِوُجُوبِ تَحْدِيدِ أَقَلِّهِ ، وَهَؤُلَاءِ اخْتَلَفُوا ، فَالْمَشْهُورُ فِي ذَلِكَ مَذْهَبَانِ : أَحَدُهُمَا : مَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ ، وَالثَّانِي : مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ : فَأَمَّا مَالِكٌ ، فَقَالَ : أَقَلُّهُ رُبُعُ دِينَارٍ مِنَ الذَّهَبِ أَوْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ كَيْلًا مِنْ فِضَّةٍ ، أَوْ مَا سَاوَى الدَّرَاهِمَ الثَّلَاثَةَ (أَعْنِي : دَرَاهِمَ الْكَيْلِ فَقَطْ فِي الْمَشْهُورِ) ، وَقِيلَ : أَوْ مَا يُسَاوِي أَحَدَهُمَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : عَشَرَةُ دَرَاهِمَ أَقَلُّهُ ، وَقِيلَ : خَمْسَةُ دَرَاهِمَ ، وَقِيلَ : أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا . وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي التَّقْدِيرِ سَبَبَانِ : أَحَدُهُمَا : تَرَدُّدُهُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا مِنَ الْأَعْوَاضِ يُعْتَبَرُ فِيهِ **التَّرَاضِي** بِالْقَلِيلِ كَانَ أَوْ بِالْكَثِيرِ ، كَالْحَالِ فِي الْبُيُوعَاتِ ، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ عِبَادَةً فَيَكُونَ مُؤَقَّتًا ، وَذَلِكَ أَنَّهُ مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ يَمْلِكُ بِهِ عَلَى الْمَرْأَةِ مَنَافِعَهَا عَلَى الدَّوَامِ يُشْبِهُ الْعِوَضَ ، وَمِنْ جِهَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ **التَّرَاضِي** عَلَى إِسْقَاطِهِ يُشْبِهُ الْعِبَادَةَ . وَالسَّبَبُ الثَّانِي : مُعَارَضَةُ هَذَا الْقِيَاسِ فَالْمُقْتَضِي التَّحْدِيدَ لِمَفْهُومِ الْأَثَرِ الَّذِي لَا يَقْتَضِي التَّحْدِيدَ . أَمَّا الْقِيَاسُ الَّذِي يَقْتَضِي التَّحْدِيدَ : فَهُوَ كَمَا قُلْنَا إِنَّهُ عِبَادَةٌ وَالْعِبَادَاتُ مُؤَقَّتَةٌ . وَأَمَّا الْأَثَرُ الَّذِي يَقْتَضِي مَفْهُومُهُ عَدَمَ التَّحْدِيدِ : فَحَدِيثُ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ السَّاعِدِيِّ الْمُتَّفَقُ عَلَى صِحَّتِهِ ، وَفِيهِ : " أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ ، فَقَامَتْ قِيَامًا طَوِيلًا ، فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ زَوِّجْنِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : هَلْ مَعَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاهُ ؟ فَقَالَ : مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : إِنْ

---

(١) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ٢٠١/٤

(٢) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ٤٥٩/٤

أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ ، فَالْتَمِسْ شَيْئًا ، فَقَالَ : لَا أَجِدُ شَيْئًا ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ ، فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، سُورَةُ كَذَا ، وَسُورَةُ كَذَا – لِسُوَرٍ سَمَّاهَا – فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ " . قَالُوا : فَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : " الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ " دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا قَدْرَ لِأَقَلِّهِ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ قَدْرٌ لَبَيَّنَهُ ، إِذْ لَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ ، وَهَذَا الِاسْتِدْلَالُ بَيِّنٌ كَمَا تَرَى مَعَ أَنَّ الْقِيَاسَ الَّذِي اعْتَمَدَهُ الْقَائِلُونَ بِالتَّحْدِيدِ لَيْسَ." (١)

"يَصِيرُ لَهَا مِنَ الزَّوْجِ فِي صَدَاقِهَا إِذَا كَانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهَا ، وَبِمِثْلِهِ ، وَبِأَقَلَّ مِنْهُ . وَقَالَ قَائِلُونَ : لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا عَلَى ظَاهِرِ حَدِيثِ ثَابِتٍ . فَمَنْ شَبَّهَهُ بِسَائِرِ الْأَعْوَاضِ فِي الْمُعَامَلَاتِ رَأَى أَنَّ الْقَدْرَ فِيهِ رَاجِعٌ إِلَى الرِّضَا . وَمَنْ أَخَذَ بِظَاهِرِ الْحَدِيثِ لَمْ يُجِزْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، وَكَأَنَّهُ رَآهُ مِنْ بَابِ أَخْذِ الْمَالِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ [صِفَةُ الْعِوَضِ] وَأَمَّا صِفَةُ الْعِوَضِ ، فَإِنَّ الشَّافِعِيَّ وَأَبَا حَنِيفَةَ يَشْتَرِطَانِ فِيهِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الصِّفَةِ شروط عوض الخلع ، وَمَعْلُومَ الْوُجُوبِ . وَمَالِكٌ يُجِيزُ فِيهِ الْمَجْهُولَ الْوُجُودِ وَالْقَدْرِ وَالْمَعْدُومَ ، مِثْلَ الْآبِقِ وَالشَّارِدِ وَالثَّمَرَةِ الَّتِي لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا ، وَالْعَبْدِ غَيْرِ الْمَوْصُوفِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ جَوَازُ الْغَرَرِ وَمَنْعُ الْمَعْدُومِ . وَسَبَبُ الْخِلَافِ : تَرَدُّدُ الْعِوَضِ هَاهُنَا بَيْنَ الْعِوَضِ فِي الْبُيُوعِ أَوِ الْأَشْيَاءِ الْمَوْهُوبَةِ وَالْمُوصَى بِهَا . فَمَنْ شَبَّهَهَا بِالْبُيُوعِ اشْتَرَطَ مَا يُشْتَرَطُ فِي الْبُيُوعِ وَفِي أَعْوَاضِ الْبُيُوعِ . وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالْهِبَاتِ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ . وَاخْتَلَفُوا إِذَا وَقَعَ الْخُلْعُ بِمَا لَمْ يَحِلَّ كَالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ : هَلْ يَجِبُ لَهَا عِوَضٌ أَمْ لَا ، بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ ؟ فَقَالَ مَالِكٌ : لَا تَسْتَحِقُّ عِوَضًا ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَجِبُ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ .

الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ [الْحَالُ الَّتِي يَجُوزُ فِيهَا الْخُلْعُ] وَأَمَّا مَا يَرْجِعُ إِلَى الْحَالِ الَّتِي يَجُوزُ فِيهَا الْخُلْعُ مِنَ الَّتِي لَا يَجُوزُ : فَإِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى أَنَّ الْخُلْعَ جَائِزٌ مَعَ **التَّرَاضِي** إِذَا لَمْ يَكُنْ سَبَبُ رِضَاهَا بِمَا تُعْطِيهِ إِضْرَارَهُ بِهَا . وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى : (وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ) وَقَوْلُهُ تَعَالَى : (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) . وَشَذَّ أَبُو قِلَابَةَ ، وَالْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ فَقَالَا : لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ الْخُلْعُ عَلَيْهَا حَتَّى يُشَاهِدَهَا تَزْنِي ، وَحَمَلُوا الْفَاحِشَةَ فِي الْآيَةِ عَلَى الزِّنَا . وَقَالَ دَاوُدُ : لَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرْطِ الْخَوْفِ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ عَلَى ظَاهِرِ الْآيَةِ ، وَشَذَّ النُّعْمَانُ ، فَقَالَ : يَجُوزُ الْخُلْعُ مَعَ الْإِضْرَارِ . وَالْفِقْهُ أَنَّ الْفِدَاءَ إِنَّمَا جُعِلَ لِلْمَرْأَةِ فِي مُقَابَلَةِ مَا بِيَدِ الرَّجُلِ مِنَ الطَّلَاقِ ، فَإِنَّهُ لَمَّا جُعِلَ الطَّلَاقُ بِيَدِ الرَّجُلِ إِذَا فَرَكَ الْمَرْأَةَ ، جُعِلَ الْخُلْعُ بِيَدِ الْمَرْأَةِ إِذَا فَرَكَتِ الرَّجُلَ . فَيَتَحَصَّلُ فِي الْخُلْعِ خَمْسَةُ أَقْوَالٍ : قَوْلٌ : إِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَصْلًا . وَقَوْلٌ إِنَّهُ يَجُوزُ عَلَى كُلِّ حَالٍ (أَيْ : مَعَ الضَّرَرِ) . وَقَوْلٌ : إِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا مَعَ مُشَاهَدَةِ الزِّنَا . وَقَوْلٌ : مَعَ خَوْفِ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ . وَقَوْلٌ : إِنَّهُ يَجُوزُ فِي كُلِّ حَالٍ إِلَّا مَعَ الضَّرَرِ ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ .." (٢)

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٤٠٧

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٤٤٩

"الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ [صِفَةُ مَنْ يَجُوزُ لَهُ طَلَبُ الْخُلْعِ] وَأَمَّا مَنْ يَجُوزُ لَهُ الْخُلْعُ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ : فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ عِنْدِ الْجُمْهُورِ أَنَّ الرَّشِيدَةَ تُخَالِعُ عَنْ نَفْسِهَا ، وَأَنَّ الْأَمَةَ لَا تَخَالِعُ عَنْ نَفْسِهَا إِلَّا بِرِضَا سَيِّدِهَا ، وَكَذَلِكَ السَّفِيهةُ خلعه مَعَ وَلِيِّهَا عِنْدَ مَنْ يَرَى الْحَجْرَ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُخَالِعُ الْأَبُ عَلَى ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ كَمَا يُنْكِحُهَا وَكَذَلِكَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ عِنْدَهُ يُطَلِّقُ عَلَيْهِ ، وَالْخِلَافُ فِي الِابْنِ الصَّغِيرِ : قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا يُطَلِّقُ عَلَيْهِ عِنْدَهُمْ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَخُلْعُ الْمَرِيضَةِ يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ إِذَا كَانَ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ مِنْهَا ، وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ يَجُوزُ خُلْعُهَا بِالثُّلُثِ كُلِّهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَوِ اخْتَلَعَتْ بِقَدْرِ مَهْرِ مِثْلِهَا جَازَ ، وَكَانَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مِنَ الثُّلُثِ . وَأَمَّا الْمُهْمَلَةُ الَّتِي لَا وَصِيَّ لَهَا وَلَا أَبَ : فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَجُوزُ خُلْعُهَا إِذَا كَانَ خُلْعَ مِثْلِهَا . وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ خُلْعُ الْمَالِكَةِ لِنَفْسِهَا ، وَشَذَّ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ فَقَالَا : لَا يَجُوزُ الْخُلْعُ إِلَّا بِإِذْنِ السُّلْطَانِ .

الْفَصْلُ الثَّالِثُ فِي نَوْعِهِ

وَأَمَّا نَوْعُ الْخُلْعِ فسخ أم طلاق : فَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّهُ طَلَاقٌ ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ سَوَّى بَيْنَ الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : هُوَ فَسْخٌ ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ ، وَدَاوُدُ وَمِنَ الصَّحَابَةِ ابْنُ عَبَّاسٍ . وَقَدْ رُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ كِنَايَةٌ ، فَإِنْ أَرَادَ بِهِ الطَّلَاقَ كَانَ طَلَاقًا وَإِلَّا كَانَ فَسْخًا ، وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ فِي قَوْلِهِ الْجَدِيدِ : إِنَّهُ طَلَاقٌ . وَفَائِدَةُ الْفَرْقِ : هَلْ يُعْتَدُّ بِهِ فِي التَّطْلِيقَاتِ أَمْ لَا ؟ وَجُمْهُورُ مَنْ رَأَى أَنَّهُ طَلَاقٌ يَجْعَلُهُ بَائِنًا ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِلزَّوْجِ فِي الْعِدَّةِ مِنْهُ الرَّجْعَةُ عَلَيْهَا لَمْ يَكُنْ لِافْتِدَائِهَا مَعْنًى . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : إِنْ لَمْ يَكُنْ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ ، وَإِنْ كَانَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ كَانَ لَهُ عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ . احْتَجَّ مَنْ جَعَلَهُ طَلَاقًا بِأَنَّ الْفُسُوخَ إِنَّمَا هِيَ الَّتِي تَقْتَضِي الْفُرْقَةَ الْغَالِبَةَ لِلزَّوْجِ فِي الْفِرَاقِ مِمَّا لَيْسَ يَرْجِعُ إِلَى اخْتِيَارِهِ ، وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى الِاخْتِيَارِ فَلَيْسَ بِفَسْخٍ . وَاحْتَجَّ مَنْ لَمْ يَرَهُ طَلَاقًا بِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ الطَّلَاقَ فَقَالَ : الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ثُمَّ ذَكَرَ الِافْتِدَاءَ ، ثُمَّ قَالَ : فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ . فَلَوْ كَانَ الِافْتِدَاءُ طَلَاقًا لَكَانَ الطَّلَاقُ الَّذِي لَا تَحِلُّ لَهُ فِيهِ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ هُوَ الطَّلَاقُ الرَّابِعُ وَعِنْدَ هَؤُلَاءِ أَنَّ الْفُسُوخَ تَقَعُ **بِالتَّرَاضِي** ، قِيَاسًا عَلَى فُسُوخِ الْبَيْعِ : (أَعْنِي : الْإِقَالَةَ) . وَعِنْدَ الْمُخَالِفِ أَنَّ الْآيَةَ إِنَّمَا تَضَمَّنَتْ حُكْمَ الِافْتِدَاءِ عَلَى أَنَّهُ شَيْءٌ يَلْحَقُ جَمِيعَ أَنْوَاعِ الطَّلَاقِ لَا أَنَّهُ شَيْءٌ غَيْرُ الطَّلَاقِ . فَسَبَبُ الْخِلَافِ : هَلِ اقْتِرَانُ الْعِوَضِ بِهَذِهِ الْفُرْقَةِ يُخْرِجُهَا مِنْ نَوْعِ فُرْقَةِ الطَّلَاقِ إِلَى نَوْعِ الْفَسْخِ أَمْ لَيْسَ يُخْرِجُهَا ؟ .." (١)

"٣ – وَقِسْمَةُ مُرَاضَاةٍ بِغَيْرِ تَقْوِيمٍ وَلَا تَعْدِيلٍ . وَأَمَّا مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَبِالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ .

الْقِسْمُ الثَّانِي . [مَنَافِعُ أُصُولِ الْأَمْوَالِ] . وَأَمَّا الرِّقَابُ : فَإِنَّهَا تَنْقَسِمُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ : مَا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ ، وَهِيَ الرِّبَاعُ وَالْأُصُولُ . وَمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، وَهَذَانِ قِسْمَانِ : إِمَّا غَيْرُ مَكِيلٍ وَلَا مَوْزُونٍ ، وَهُوَ الْحَيَوَانُ ، وَالْعُرُوضُ . وَإِمَّا مَكِيلٌ ، أَوْ مَوْزُونٌ . فَفِي هَذَا الْبَابِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ : الْأَوَّلُ : فِي الرِّبَاعِ . وَالثَّانِي : فِي الْعُرُوضِ . وَالثَّالِثُ : فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ . فِي الرِّبَاعِ . فَأَمَّا الرِّبَاعُ وَالْأُصُولُ وتقسيمها : فَيَجُوزُ أَنْ تُقَسَّمَ **بِالتَّرَاضِي** وَبِالسُّهْمَةِ إِذَا عَدَلَتْ بِالْقِيمَةِ

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٤٥٠

، اتَّفَقَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى ذَلِكَ اتِّفَاقًا مُجْمَلًا ، وَإِنْ كَانُوا اخْتَلَفُوا فِي مَحِلِّ ذَلِكَ وَشُرُوطِهِ . وَالْقِسْمَةُ لَا تَخْلُو أَنْ تَكُونَ فِي مَحِلٍّ وَاحِدٍ أَوْ فِي مَحَالَّ كَثِيرَةٍ : فَإِذَا كَانَتْ فِي مَحِلٍّ وَاحِدٍ : فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهَا إِذَا انْقَسَمَتْ إِلَى أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ بِالصِّفَةِ ، وَلَمْ تَنْقُصْ مَنْفَعَةُ الْأَجْزَاءِ بِالِانْقِسَامِ ، وَيُجْبَرُ الشُّرَكَاءُ عَلَى ذَلِكَ . وَأَمَّا إِذَا انْقَسَمَتْ إِلَى مَا لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ : فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ ، فَقَالَ مَالِكٌ : إِنَّهَا تُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ إِذَا دَعَا أَحَدُهُمْ إِلَى ذَلِكَ وَلَوْ لَمْ يَصِرْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَّا مَا لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ ، مِثْلُ قَدْرِ الْقَدَمِ ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ مِنْ أَصْحَابِهِ فَقَطْ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَعُمْدَتُهُمْ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى : (مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا) . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَا يُقَسَّمُ إِلَّا أَنْ يَصِيرَ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَظِّهِ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ دَاخِلَةٍ عَلَيْهِ فِي الِانْتِفَاعِ مِنْ قِبَلِ الْقِسْمَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُرَاعِي فِي ذَلِكَ نُقْصَانَ الثَّمَنِ . وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : يُقْسَمُ إِذَا صَارَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ الَّتِي كَانَتْ فِي الِاشْتِرَاكِ أَوْ كَانَتْ أَقَلَّ . وَقَالَ مُطَرِّفٌ مِنْ أَصْحَابِهِ : إِنْ لَمْ يَصِرْ فِي حَظِّ كُلِّ وَاحِدٍ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ لَمْ يُقْسَمْ ، وَإِنْ صَارَ فِي حَظِّ بَعْضِهِمْ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ ، وَفِي حَظِّ بَعْضِهِمْ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ ، قُسِمَ وَجُبِرُوا عَلَى ذَلِكَ ، سَوَاءٌ دَعَا إِلَى ذَلِكَ صَاحِبُ النَّصِيبِ الْقَلِيلِ أَوِ الْكَثِيرِ ، وَقِيلَ يُجْبَرُ إِنْ دَعَا صَاحِبُ النَّصِيبِ الْقَلِيلِ ، وَلَا يُجْبَرُ إِنْ دَعَا صَاحِبُ النَّصِيبِ الْكَثِيرِ ، وَقِيلَ بِعَكْسِ هَذَا وَهُوَ ضَعِيفٌ .." (١)

"وَمِنْ ذَلِكَ الْأَثَرُ الثَّابِتُ الَّذِي جَاءَ فِيهِ : " أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ عِنْدَ مَوْتِهِ ، فَأَسْهَمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ ثُلُثَ ذَلِكَ الرَّقِيقِ " . وَأَمَّا الْقِسْمَةُ **بِالتَّرَاضِي** سَوَاءٌ كَانَتْ بَعْدَ تَعْدِيلٍ وَتَقْوِيمٍ ، أَوْ بِغَيْرِ تَقْوِيمٍ وَتَعْدِيلٍ، فَتَجُوزُ فِي الرِّقَابِ الْمُتَّفِقَةِ وَالْمُخْتَلِفَةِ، لِأَنَّهَا بَيْعٌ مِنَ الْبُيُوعِ ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ فِيهَا مَا يَحْرُمُ فِي الْبُيُوعِ .

الْفَصْلُ الثَّانِي . فِي الْعُرُوضِ . وَأَمَّا الْحَيَوَانُ ، وَالْعُرُوضُ : فَاتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قِسْمَةُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْفَسَادِ الدَّاخِلِ فِي ذَلِكَ . وَاخْتَلَفُوا إِذَا تَشَاحَّ الشَّرِيكَانِ فِي الْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ مِنْهُمَا ، وَلَمْ يَتَرَاضَيَا بِالِانْتِفَاعِ بِهَا عَلَى الشِّيَاعِ ، وَأَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَبِيعَ صَاحِبُهُ مَعَهُ ، فَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُهُ : يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَأْخُذَهُ بِالْقِيمَةِ الَّتِي أَعْطَى فِيهَا أَخَذَهُ . وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ : لَا يُجْبَرُ، لِأَنَّ الْأُصُولَ تَقْتَضِي أَنْ لَا يَخْرُجَ مَلِكُ أَحَدٍ مِنْ يَدِهِ إِلَّا بِدَلِيلٍ مِنْ كِتَابٍ ، أَوْ سُنَّةٍ ، أَوْ إِجْمَاعٍ . وَحُجَّةُ مَالِكٍ أَنَّ فِي تَرْكِ الْإِجْبَارِ ضَرَرًا ، وَهَذَا مِنْ بَابِ الْقِيَاسِ الْمُرْسَلِ ، وَقَدْ قُلْنَا فِي غَيْرِ مَا مَوْضِعٍ : إِنَّهُ لَيْسَ يَقُولُ بِهِ أَحَدٌ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ إِلَّا مَالِكٌ ، وَلَكِنَّهُ كَالضَّرُورِيِّ فِي بَعْضِ الْأَشْيَاءِ . وَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الْعُرُوضُ أَكْثَرَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ : فَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى قِسْمَتِهَا عَلَى **التَّرَاضِي** . وَاخْتَلَفُوا فِي قِسْمَتِهَا بِالتَّعْدِيلِ وَالسُّهْمَةِ ، فَأَجَازَهَا مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُهُ فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ ، وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ ، وَابْنُ الْمَاجِشُونِ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي تَمْيِيزِ الصِّنْفِ الْوَاحِدِ الَّذِي تَجُوزُ فِيهِ السُّهْمَةُ مِنَ الَّتِي لَا تَجُوزُ : فَاعْتَبَرَهُ أَشْهَبُ بِمَا لَا يَجُوزُ تَسْلِيمُ بَعْضِهِ فِي بَعْضٍ . وَأَمَّا ابْنُ الْقَاسِمِ فَاضْطَرَبَ : فَمَرَّةً أَجَازَ الْقَسْمَ بِالسُّهْمَةِ فِيمَا لَا يَجُوزُ تَسْلِيمُ بَعْضِهِ فِي بَعْضٍ ، فَجَعَلَ الْقِسْمَةَ أَخَفَّ مِنَ السَّلَمِ . وَمَرَّةً مَنَعَ الْقِسْمَةَ فِيمَا مَنَعَ فِيهِ السَّلَمَ . وَقَدْ قِيلَ : إِنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ الْقِسْمَةَ فِي ذَلِكَ أَخَفُّ ، وَأَنَّ مَسَائِلَهُ الَّتِي يُظَنُّ مِنْ قِبَلِهَا أَنَّ الْقِسْمَةَ عِنْدَهُ أَشَدُّ مِنَ السَّلَمِ تَقْبَلُ التَّأْوِيلَ عَلَى أَصْلِهِ الثَّانِي . وَذَهَبَ ابْنُ حَبِيبٍ إِلَى

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٦١٢

أَنَّهُ يَجْمَعُ فِي الْقِسْمَةِ مَا تَقَارَبَ مِنَ الصِّنْفَيْنِ مِثْلَ الْخَزِّ ، وَالْحَرِيرِ ، وَالْقُطْنِ ، وَالْكَتَّانِ . وَأَجَازَ أَشْهَبُ جَمْعَ صِنْفَيْنِ فِي الْقِسْمَةِ بِالسُّهْمَةِ مَعَ **التَّرَاضِي** ، وَذَلِكَ ضَعِيفٌ، لِأَنَّ الْغَرَرَ لَا يَجُوزُ **بِالتَّرَاضِي** .

الْفَصْلُ الثَّالِثُ فِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِهَا فَأَمَّا الْمَكِيلُ ، وَالْمَوْزُونُ : فَلَا تَجُوزُ فِيهِ الْقُرْعَةُ القسمة بِاتِّفَاقٍ إِلَّا مَا حَكَى اللَّخْمِيُّ . وَالْمَكِيلُ أَيْضًا لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ صُبْرَةً وَاحِدَةً أَوْ صُبْرَتَيْنِ فَزَائِدًا : فَإِنْ كَانَ صِنْفًا وَاحِدًا، فَلَا يَخْلُو أَنْ تَكُونَ قِسْمَتُهُ عَلَى الِاعْتِدَالِ بِالْكَيْلِ أَوِ الْوَزْنِ إِذَا دَعَا إِلَى ذَلِكَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِ قِسْمَتِهِ عَلَى **التَّرَاضِي** عَلَى التَّفْضِيلِ الْبَيِّنِ كَانَ ذَلِكَ مِنَ الرِّبَوِيِّ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ." (١)

"يَجُوزُ فِي سُكْنَى الدَّارِ وَزِرَاعَةِ الْأَرَضِينَ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْغَلَّةِ وَالْكِرَاءِ إِلَّا فِي الزَّمَانِ الْيَسِيرِ . وَقِيلَ : يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ التَّهَايُؤِ بِالْأَزْمَانِ . وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ فِي اسْتِخْدَامِ الْعَبْدِ وَالدَّوَابِّ يَجْرِي الْقَوْلُ فِيهِ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي قِسْمَتِهَا بِالزَّمَانِ . فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي أَنْوَاعِ الْقِسْمَةِ فِي الرِّقَابِ ، وَفِي الْمَنَافِعِ ، وَفِي الشُّرُوطِ الْمُصَحِّحَةِ وَالْمُفْسِدَةِ . وَبَقِيَ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ .

الْبَابُ الثَّانِي الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ

وَالْقِسْمَةُ مِنَ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ لَا يَجُوزُ لِلْمُتَقَاسِمَيْنِ نَقْضُهَا ، وَلَا الرُّجُوعُ فِيهَا إِلَّا بِالطَّوَارِئِ عَلَيْهَا . وَالطَّوَارِئُ ثَلَاثَةٌ : غَبْنٌ، أَوْ وُجُودُ عَيْبٍ ، أَوِ اسْتِحْقَاقٌ . فَأَمَّا الْغَبْنُ : فَلَا يُوجِبُ الْفَسْخَ إِلَّا فِي قِسْمَةِ الْقُرْعَةِ بِاتِّفَاقٍ فِي الْمَذْهَبِ إِلَّا عَلَى قِيَاسِ مَنْ يَرَى لَهُ تَأْثِيرٌ فِي الْبَيْعِ ، فَيَلْزَمُ عَلَى مَذْهَبِهِ أَنْ يُؤَثِّرَ فِي الْقِسْمَةِ . وَأَمَّا الرَّدُّ بِالْعَيْبِ : فَإِنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنْ يَجِدَ الْعَيْبَ فِي جُلِّ نَصِيبِهِ أَوْ فِي أَقَلِّهِ . فَإِنْ وَجَدَهُ فِي جُلِّ نَصِيبِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ النَّصِيبُ الَّذِي حَصَلَ لِشَرِيكِهِ قَدْ فَاتَ أَوْ لَمْ يَفُتْ : فَإِنْ كَانَ قَدْ فَاتَ رَدَّ الْوَاجِدُ لِلْعَيْبِ نَصِيبَهُ عَلَى الشَّرِكَةِ ، وَأَخَذَ مِنْ شَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَةِ نَصِيبِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَفُتِ انْفَسَخَتِ الْقِسْمَةُ ، وَعَادَتِ الشرِكَةُ إِلَى أَصْلِهَا . وَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ فِي أَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ : رَدَّ ذَلِكَ الْأَقَلَّ عَلَى أَصْلِ الشَّرِكَةِ فَقَطْ ، سَوَاءٌ فَاتَ نَصِيبُ صَاحِبِهِ أَوْ لَمْ يَفُتْ ، وَرَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ قِيمَةِ الزِّيَادَةِ ، وَلَا يَرْجِعُ فِي شَيْءٍ مِمَّا فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا بِالْعَيْبِ . وَقَالَ أَشْهَبُ : وَالَّذِي يُفِيتُ الرَّدَّ قَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ . وَقَالَ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ الْمَاجِشُونِ : وُجُودُ الْعَيْبِ يَفْسَخُ الْقِسْمَةَ الَّتِي بِالْقُرْعَةِ وَلَا يَفْسَخُ الَّتِي **بِالتَّرَاضِي** ، لِأَنَّ الَّتِي **بِالتَّرَاضِي** هِيَ بَيْعٌ ، وَأَمَّا الَّتِي بِالْقُرْعَةِ فَهِيَ تَمْيِيزُ حَقٍّ ، وَإِذَا فُسِخَتْ بِالْغَبْنِ وَجَبَ أَنْ تُفْسَخَ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَحُكْمُ الِاسْتِحْقَاقِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ حُكْمُ وُجُودِ الْعَيْبِ : إِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ كَثِيرًا وَحَظُّ الشَّرِيكِ لَمْ يَفُتْ رَجَعَ مَعَهُ شَرِيكًا فِيمَا فِي يَدَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ فَاتَ رَجَعَ عَلَيْهِ بِنِصْفِ قِيمَةِ مَا فِي يَدَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا رَجَعَ عَلَيْهِ بِنِصْفِ قِيمَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِذَا اسْتُحِقَّ مَا فِي يَدِ أَحَدِهِمَا بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ فِي قِسْمَةِ الْقُرْعَةِ، لِأَنَّهُ قَدْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْقِسْمَةَ لَمْ تَقَعْ عَلَى عَدْلٍ كَقَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي الْعَيْبِ . وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ عَلَى الْمَالِ حَقٌّ فِيهِ مِثْلُ طَوَارِئِ الدَّيْنِ عَلَى التَّرِكَةِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ، أَوْ طُرُوِّ الْوَصِيَّةِ أَوْ طُرُوِّ وَارِثٍ ، فَإِنَّ أَصْحَابَ مَالِكٍ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ طَرَأَ الدَّيْنُ : قِيلَ فِي الْمَشْهُورِ فِي الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِنَّ الْقِسْمَةَ تَنْتَقِضُ إِلَّا أَنْ يَتَّفِقَ الْوَرَثَةُ عَلَى أَنْ يُعْطُوا الدَّيْنَ مِنْ عِنْدِهِمْ ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ حُظُوظُهُمْ

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٦١٤

بَاقِيَةً بِأَيْدِيهِمْ أَوْ لَمْ تَكُنْ ، هَلَكَتْ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ أَوْ لَمْ تَهْلِكْ . وَقَدْ قِيلَ : إِنَّ الْقِسْمَةَ أَيْضًا إِنَّمَا تَنْتَقِضُ بِيَدِ مَنْ بَقِيَ فِي يَدِهِ حَظُّهُ ، وَلَمْ تَهْلِكْ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ ، وَأَمَّا مَنْ هَلَكَ حَظُّهُ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ فَلَا يُرْجَعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنَ الدَّيْنِ ، وَلَا يَرْجِعُ هُوَ عَلَى الْوَرَثَةِ بِمَا." (١)

"وَمِنْ هَذَا الْبَابِ اخْتِلَافُهُمْ هَلْ لِلسَّيِّدِ أَنْ يُجْبِرَ الْعَبْدَ عَلَى الْكِتَابَةِ أَمْ لَا ؟

شُرُوطُ الْكِتَابَةِ

وَأَمَّا شُرُوطُ الْكِتَابَةِ فَمِنْهَا شَرْعِيَّةٌ هِيَ مِنْ شُرُوطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ ، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ عِنْدَ ذِكْرِ أَرْكَانِ الْكِتَابَةِ . وَمِنْهَا شُرُوطٌ بِحَسَبِ التَّرَاضِي ، وَهَذِهِ الشُّرُوطُ مِنْهَا مَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ ، وَمِنْهَا مَا إِذَا تُمُسِّكَ بِهِ أَفْسَدَتِ الْعَقْدَ وَإِذَا تُرِكَتْ صَحَّ الْعَقْدُ ، وَمِنْهَا شُرُوطٌ جَائِزَةٌ غَيْرُ لَازِمَةٍ ، وَمِنْهَا شُرُوطٌ لَازِمَةٌ ، وَهَذِهِ كُلُّهَا هِيَ مَبْسُوطَةٌ فِي كُتُبِ الْفُرُوعِ ، وَلَيْسَ كِتَابُنَا هَذَا كِتَابَ فَرْوعٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ كِتَابُ أُصُولٍ . وَالشُّرُوطُ الَّتِي تُفْسِدُ الْعَقْدَ بِالْجُمْلَةِ هِيَ الشُّرُوطُ الَّتِي هِيَ ضِدُّ شُرُوطِ الصِّحَّةِ الْمَشْرُوعَةِ فِي الْعَقْدِ . وَالشُّرُوطُ الْجَائِزَةُ هِيَ الَّتِي لَا تُؤَدِّي إِلَى إِخْلَالٍ بِالشُّرُوطِ الْمُصَحِّحَةِ لِلْعَقْدِ وَلَا تُلَازِمُهَا ، فَهَذِهِ الْجُمْلَةُ لَيْسَ يَخْتَلِفُ الْفُقَهَاءُ فِيهَا ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفُونَ فِي الشُّرُوطِ لِاخْتِلَافِهِمْ فِيمَا هُوَ مِنْهَا شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ أَوْ لَيْسَ مِنْهَا ، وَهَذَا يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْقُرْبِ وَالْبُعْدِ مِنْ إِخْلَالِهَا بِشُرُوطِ الصِّحَّةِ ، وَلِذَلِكَ جَعَلَ مَالِكًا جِنْسًا ثَالِثًا مِنَ الشُّرُوطِ ، وَهِيَ الشُّرُوطُ الَّتِي إِنْ تَمَسَّكَ بِهَا الْمُشْتَرِطُ فَسَدَ الْعَقْدُ ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَسَّكْ بِهَا جَازَ ، وَهَذَا يَنْبَغِي أَنْ تَفْهَمَهُ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ الشَّرْعِيَّةِ . فَمِنْ مَسَائِلِهِمُ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ إِذَا اشْتَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ شَرْطًا مِنْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ أَوْ نَحْوِهِ وَقَوِيَ عَلَى أَدَاءِ نُجُومِهِ قَبْلَ مَحَلِّ أَجَلِ الْكِتَابَةِ هَلْ يُعْتَقُ أَمْ لَا ؟ فَقَالَ مَالِكٌ وَجَمَاعَةٌ : ذَلِكَ الشَّرْطُ بَاطِلٌ ، وَيُعْتَقُ إِذَا أَدَّى جَمِيعَ الْمَالِ ، وَقَالَتْ طَائِفَةٌ : لَا يُعْتَقُ حَتَّى يُؤَدِّيَ جَمِيعَ الْمَالِ ، وَيَأْتِيَ بِذَلِكَ الشَّرْطِ وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أَنَّهُ أَعْتَقَ رَقِيقَ الْإِمَارَةِ وَشَرَطَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَخْدِمُوا الْخَلِيفَةَ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ . وَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ عَلَى أَنْ يَخْدِمَهُ سِنِينَ أَنَّهُ لَا يَتِمُّ عِتْقُهُ إِلَّا بِخِدْمَةِ تِلْكَ السِّنِينَ ، وَلِذَلِكَ الْقِيَاسِ قَوْلُ مَنْ قَالَ : إِنَّ ا لشَّرْطَ لَازِمٌ . فَهَذِهِ الْمَسَائِلُ الْوَاقِعَةُ الْمَشْهُورَةُ فِي أُصُولِ هَذَا الْكِتَابِ . وَهَاهُنَا مَسَائِلُ تُذْكَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ وَهِيَ مِنْ كُتُبٍ أُخْرَى ، وَذَلِكَ أَنَّهَا إِذَا ذُكِرَتْ فِي هَذَا الْكِتَابِ ذُكِرَتْ عَلَى أَنَّهَا فُرُوعٌ تَابِعَةٌ لِلْأُصُولِ فِيهِ ، وَإِذَا ذُكِرَتْ فِي غَيْرِهِ ذُكِرَتْ عَلَى أَنَّهَا أُصُولٌ ، وَلِذَلِكَ كَانَ الْأَوْلَى ذِكْرُهَا فِي هَذَا الْكِتَابِ . فَمِنْ ذَلِكَ اخْتِلَافُهُمْ إِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ بِنْتَهُ مِنْ مُكَاتَبِهِ ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ وَوَرِثَتْهُ الْبِنْتُ ، فَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ : يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ ، لِأَنَّهَا مَلَكَتْ جُزْءًا مِنْهُ ، وَمِلْكُ يَمِينِ الْمَرْأَةِ مُحَرَّمٌ عَلَيْهَا بِإِجْمَاعٍ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ النِّكَاحُ ، لِأَنَّ الَّذِي وَرِثَتْ إِنَّمَا هُوَ مَالٌ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ لَا رَقَبَةَ الْمُكَاتِبِ ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ أَحَقُّ بِكِتَابِ النِّكَاحِ . وَمِنْ هَذَا الْبَابِ اخْتِلَافُهُمْ إِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَبَعْضُ الْكِتَابَةِ هَلْ يَحَاصُّ سَيِّدُهُ الْغُرَمَاءَ أَمْ لَا ؟ فَقَالَ الْجُمْهُورُ : لَا يُحَاصُّ الْغُرَمَاءُ ، وَقَالَ شُرَيْحٌ وَابْنُ أَبِي لَيْلَى وَجَمَاعَةٌ : يَضْرِبُ السَّيِّدُ مَعَ الْغُرَمَاءِ . وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا إِذَا أَفْلَسَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يَغْتَرِقُ مَا بِيَدِهِ ، هَلْ يَتَعَدَّى ذَلِكَ إِلَى رَقَبَتِهِ ؟ فَقَالَ : مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا سَبِيلَ لَهُمْ

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٦١٦

إِلَى رَقَبَتِهِ ، وَقَالَ الثَّوْرِيُّ وَأَحْمَدُ : يَأْخُذُونَهُ إِلَّا أَنْ يَفْتَكَّهُ السَّيِّدُ . وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَنْ عَقْلِ الْجِنَايَاتِ أَنَّهُ يُسَلَّمُ فِيهَا إِلَّا أَنْ يَعْقِلَ عَنْهُ سَيِّدُهُ ، وَالْقَوْلُ فِي هَلْ." (١)

"ثم شرع في بيان ما يفسخ الكراء بتلفه فقال : (ومن اكترى دابة بعينها) بأن تكون حاضرة ، وأشار إليها (إلى بلد) أي محل معين (فماتت) أو تعذر سيرها قبل تمام المسافة بأرض نزو بها أو غصبت أو استحقت ونحو ذلك مما لا يمكن سيرها معه (انفسخ الكراء فيما بقي) ويرجعان للمحاسبة ، فعلى المكتري بحساب ما سار من الطريق ويعرف ذلك بالقيمة بأن تقوم المسافة كلها فيقال : بكم تكرى في هذه المسافة ؟ فيقال : عشرة دنانير ، ثم يقال : ما قيمة هذا الذي ساره منها ؟ فإذا قيل : خمسة دنانير فتنسبها للعشرة فتجدها نصفها فيرجع صاحبها على المكتري بنصف الكراء ، وظاهر قول المصنف انفسخ أنه لا يجوز **التراضي** على أخذ غير المعينة مطلقا وليس كذلك .

فقد قال خليل : وجاز الرضا بغير المعينة الهالكة إن لم ينقد أو نقد أو اضطر فيجوز ، كما إذا كان في مفازة أو في محل غير مستعتب بأن لا يجد فيه ما يكتريه ، فإن ن قد ولم يحصل اضطرار فلا يجوز الرضى ببدل المعينة لما فيه من فسخ دين في دين ؛ لأنه يفسخ ما وجب له من الأجرة في منافع يتأخر قبضها ، وهي منافع المأخوذ بدلا ، ولا يقال : العلة موجودة عند أخذ البدل مع الاضطرار ؛ لأنا نقول : كثيرا ما يباح ما كان محرما للضرورة كأكل الميتة للمضطر ، وسيأتي مفهوم قول المصنف بعينها أن المضمونة وهي التي لم تعين بالمعنى السابق بأن قال : أكتري منك دابة أو دابتك ولو كانت حاضرة ، ومشاهدة ولكن لم يشر إليها ، أو قال له : دابتك." (٢)

"باب قسمة الارضين والرباع

القسمة على ضربين لا ثالث لهما القرعة **والتراضي** فالقرعة لا تكون إلا فيما جمعه الصنف وتقارب ولم يتباعد وصح فيه الاعتدال بتعديل من يعرف ذلك **والتراضي** أن يتراضوا على أن يأخذ الواحد الشيء والآخر خلافه كالبيع وهذا إنما يصح من المالكين الجائزي الأمر وأما المكيل والموزون فلا يحتاج الى قرعة والعمل عند مالك في قسمة الارض والكروم والرباع والجنات والدور إذا أراد أربابها قسمتها أن ينظر فإن كانت متجاورة أو قريبا بعضها من بعض وكانت متساوية في الجودة والرداءة جمع حق كل ذي سهم في موضع منها وأن كانت يبعد بعضها من بعض قسم لكل انسان بحظه في موضع منها ولا يجمع حقه كله في موضع واحد إذا كانت كذلك وسواء كانت متساوية القيم أم متباينة إذا كانت متباعدة بعضها من بعض وكانت مواضعها متباينة في الزهد والرغبة وان تقاربت الدور في الرغبة فيها والزيادة لتشابه أماكنها ج ا ز أن يضم بعضها الى بعض في القيمة واذا اختلفت الارض فكان منها ما يسقى بناضح ومنها ما يسقى بعين ومنها ما يكون بعلا قسم كل حائط منها على حدته وان كان أمرها واحدا وتقاربت أماكنها وكانت الرغبة فيها والزهادة سواء ضم بعضها الى بعض في القسمة ولم يلتفت الى من كره ذلك منهم وللحاكم النظر في ذلك وهذا كله قسمة القرعة والاعتدال ولا قرعة

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٧٠٩

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ١٢٣/٦

في مكيل ولا موزون واما قسمة **التراضي** والتخاير فيقسمون كيف شاؤا تفاوتت المقسومات أو تقاربت وتقسم الدور وغيرها من سائر المقسومات على سهم أو أسهم ما لم يكن أهل فرض مع عصبة او أهل فرض مع غيرهم فإن خرج السهم الذي لصاحب السهم الكبير ضم اليه مما يليه حتى يستوي حقه فإن خرج لمن له ذلك القدر من الشركاء أخذه وأقرع بين الباقين حتى يستوفوا حقوقهم فإن كان أهل فرض أو عصبة مثل الأخوة للأم والزوجات ونحوهم مع العصبية فأراد أحد الأخوة أو الزوجات أو أحد العصبة أن يقسم له بحصته خاصة دون إخوته فليس ذلك له ولكن يقسم له وخوته ولإخوته في موضع واحد." (١)

"باب جامع القسمة

ولا بأس بقسم الغائبات على الصفات ويقسم الحاكم على الغائب اذا طالت غيبته وعلى الصغير الذي لا وصي له ولا ينتظر قدوم الغائب ولا يكتب اليه وليس كل من يكتب اليه يأتي ويقسم الحاكم عليه كما يقسم على الصغير ولا بأس بقسمة الوصي على الصغير إذا كان له في القسمة حظ ونظر ولا تجوز قسمة على بالغ الا بإذنه ومن جهل ميراثه لم يجز أن يقسم عليه وتجوز قسم البالغين الذي يلون انفسهم لما ارادوا قسمته على **التراضي** بينهم من غير قرعة ان شاؤا ويقسم البيت الصغير والحمام أذا دعا احد الشركاء فيه الى القسمة وسواء صار له أو لصاحبه من ذلك ما فيه منفعة أولا هذا قول مالك وخالفه في ذلك أكثر أصحابه وقد احتج مالك في ذلك بظاهر كتاب الله عز وجل مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا النساء وخالفه ابن القاسم وغيره فقال لا يقسم بينهم الا ما ينتفع به كل واحد وإلا بيع عليهم واقتسموا ثمنه والحجة عندي لمذهب ابن القاسم ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تعضية لأهل الميراث الا ما حمل القسم ذكره ابن وهب قال اخبرني ابن جريج عن صدقة بن موسى عن محمد بن ابي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وفسره أبو عبيدة وغيره بأن الشيء إذا لم يحتمل القسم لم يقسم ولم يفرق عن حاله ويترك ميراثا على وجهه أو يباع ويقسم ثمنه ومن الحجة ايضا في ذلك ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وما لا ينتفع به عند القسمة فالقسمة فيه ضرر وقال بعض أصحاب مالك ان دعا صاحب النصيب الكبير الى القسمة لم يجب إذا خالفه صاحب النصيب الذي لا منفعة له فيه وان دعا صاحب القليل الى القسمة جازت قسمته وما كان مثل الدابة والعبد والسفينة وما لا يمكن قسمته بين الشريكين أجبروا على التقاوم أو على البيع وصاحبه أولى به بأقصى ما يبلغ في النداء ان أراده ويقسم أصول الشجر التي فيها الثمر بالقيم ويترك ثمرها حتى يجذ فيقسمونه كيلا من كل صنف على حدته لا." (٢)

"ويتعلق بالتصيير وهو أخصر والمعنى عليه أو يقول باختصاص تصرف أو بقرعة أو تراض (قلت) يظهر أن المعنى على ما قلناه ولو قاله لصح وما زال يشكل علينا فهمه فهمنا الله عنه ولا يقال إن قسمة **التراضي** ليست مقصودة

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة، /

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة، /

بالذات في كتاب القسمة بل المقصود القرعة ؛ فلذا ذكر بالغاية ما يوهم عدم الدخول في الحد لأنا نقول لو صح قصد ذلك لما ذكر القرعة في الغاية وصح من الشيخ رحمه الله ذكر القرعة والمراضاة في الحد مع أنهما يفتقران إلى تعريف لقرب تعريفهما بعد .

(فإن قلت) قد قسمت القسمة إلى ثلاثة أقسام وذكر الشيخ رحمه الله **التراضي** ولم يذكر المهايات ولها لفظ يخصها

(قلت) بل ذكرها وهو معنى قوله باختصاص تصرف وهو منتهى الغاية .

(فإن قلت) قوله بقرعة أو تراض بأي شيء يتعلق (قلت) الصواب أن يكون قوله بقرعة أو تراض يتعلق بالتصيير لا باختصاص على ما قررنا من دخول قسمة المهايات ؛ لأنه إذا تعلق بالاختصاص يكون المعنى على خصوصية القرعة **والتراضي** وتخرج المهانات ، وإن علق بالتصيير صح دخول المهانات ، وقد قال بعد في رسم المهانات اختصاص شريك إلخ فتأمله ففيه ما لا يخفى مع ما قدمنا من إشكاله ، ثم قال الشيخ رحمه الله فيدخل قسم ما على مدين ولو كان غائبا نقله الشيخ عن ابن حبيب وابن سهل في طعام سلم فتأمل هذا مع ما ذكروا في باب الصلح وهو مخالف لمذهب المدونة ولعله رأى أن الرسم على ما يعم المشهور وغيره قال ويخرج تعيين معتق عبدين أحدهما يعني." (١)

"(ق س م) : باب في قسمة **التراضي** قال الشيخ رحمه الله سماها القاضي قسمه بيع وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منه ما يعدله بتراض ملكا للجميع قوله أخذ بعضهم .

(فإن قلت) صير الشيخ رضي الله عنه الجنس أخذا فهلا قال بيع بعضهم إلخ ؛ لأن البيع يصدق عليها كما ذكر عن القاضي (قلت) يظهر من رسمه أنها عنده أخص من مطلق بيع ؛ لأن البيع يكون بالمراضاة وبالعقد وقوله أخذ ظاهر في قصد المعاطاة الفعلية فلذلك لم يقل بيع وتأمل لأي شيء قال فيما تقدم تصيير وهنا أخذ وانظر هل الأخذ عين قسمة **التراضي** أو هو مسبب عنها والضمير في بعضهم عائد على الشركاء أي أخذ بعض الشركاء بعض ما بينهم وأخرج بالشركاء الأجانب وأخرج بالبعض الكل وأخرج بما بينهم ما ليس فيه شركة .

(فإن قلت) كيف صح جمع الشركاء مع أنهما قد يكونان شريكين فقط (قلت) لعل أقل الجمع اثنان ولو قال شريكين فصاعدا لكان ظاهر قوله على أخذ متعلق بأخذ وقوله كل واحد لا بد منه وأخرج بذلك ما إذا لم يأخذ ذلك كل واحد بتراض فإنه ليس ببيع مراضاة قوله ملكا للجميع حال من البعض أخرج به إذا لم يكن ملكا للجميع بل كان للبعض والله سبحانه أعلم .." (٢)

"المسألة الثانية: وأما قدره فإنهم اتفقوا على أنه ليس لاكثره حدواختلفوا في أقله، فقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين: ليس لاقله حد، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشئ جاز أن يكون صداقة، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك، وقالت طائفة بوجوب تحديد أقله، وهؤلا اختلفوا، فالمشهور في ذلك مذهبان:

---

(١) شرح حدود ابن عرفة، ٢/٢٦٢

(٢) شرح حدود ابن عرفة، ٢/٢٦٨

أحدهما: مذهب مالك وأصحابه.

والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه، فأما مالك فقال: أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة، أو ما يساوي الدراهم الثلاثة، أعني دراهم الكيل فقط في المشهور، وقيل أو ما يساوي أحدهما، وقال أبو حنيفة: عشرة دراهم أقله، وقيل خمسة دراهم.

وقيل أربعون درهما.

وسبب اختلافهم: في التقدير سببان: أحدهما: تردده بين أن يكون عوضا من الاعواض يعتبر فيه **التراضي** بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات، وبين أن يكون عبادة فيكون مؤقتا، وذلك أن ه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض، ومن جهة أنه لا يجوز **التراضي** على إسقاطه يشبه العبادة.

والسبب الثاني: معارضة هذا القياس، فالمقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذي لا يقتضي التحديد.

أما القياس الذي يقتضي التحديد فهو كما قلنا إنه عبادة والعبادات مؤقتة.

وأما الاثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته، وفيه أن رسول الله (ص) جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك.

فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله (ص): هل معك من شئ تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزاري.

فقال رسول الله (ص): إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فالتمس شيئا، فقال: لا أجد شيئا، فقال عليه الصلاة والسلام: التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا، فقال رسول الله (ص): هل معك شئ من ا لقرآن؟ قال: نعم، سورة كذا وسورة كذا - لسور سماها - فقال رسول الله (ص): قد أنكحتكها بما معك من القرآن قالوا: فقوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد دليل على أنه لا قدر لاقله لانه لو كان له قدر لبينه إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة،

وهذا الاستدلال بين كما ترى مع أن القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته، وذلك أنه انبنى على مقدمتين: إحداهما: أن الصداق عبادة.

والثانية: أن العبادة مؤقتة، وفي كليهما نزاع للخصم، وذلك أنه قد يلغي في الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة، بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم.

وأيضا فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصا وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال أن يكون ذلك الاثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه قد أنكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول، وإن كان قد جاء في بعض رواياته أنه قال قم فعلمه ا لما ذكر أنه معه من القرآن، فقام فعلمها، فجاء نكاحا بإجارة، لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر." (١)

---

(١) بداية المجتهد، ٢/١٦

"قبلها وبمثله وبأقل منه.

وقال قائلون: ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت.

فمن شبهه بسائر الاعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا، ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك.

وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق.

المسألة الثانية: وأما صفة العوض، فإن الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجوب.

ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعدوم، مثل الآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف.

وحكي عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم.

وسبب الخلاف: تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع أو الاشياء الموهوبة والموصى بها.

فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي أعواض البيوع.

ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك.

واختلفوا إذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع؟ فقال مالك: لا يستحق عوضا.

وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: يجب لها مهر المثل.

المسألة الثالثة: وأماما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها.

والاصل في ذلك قوله تعالى: * (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) * وقوله تعالى: * (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) * وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا: لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني، وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا، وقال داود: لا يجوز إلا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية، وشذ النعمان فقال: يجوز الخلع مع الاضرار، والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل، فيتحصل في الخلع خمسة أقوال: قول إنه لا يجوز أصلا.

وقول إنه يجوز على كل حال: أي مع الضرر.

وقول إنه لا يجوز إلا مع مشاهدة الزنا.

وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله.

وقول إنه يجوز في كل حال إلا مع الضرر، وهو المشهور.

المسألة الرابعة: وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فإنه لا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها، وأن

الامة لا تخالع عن نفسها إلا برضا سيدها، وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر، وقال مالك: يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما." (١)

"ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير، قال الشافعي وأبو حنيفة: لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم.

وخلع المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها، وروى ابن نافع عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله، وقال الشافعي: لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز، وكان من رأس المال، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث.

وأما المهملة التي لا وصي لها ولا أب فقال ابن القاسم: يجوز خلعها إذا كان خلع مثلها، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها، وشذ الحسن وابن سيرين فقالا: لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان.

الفصل الثالث: في نوعه وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق، وبه قال مالك، وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ، وقال الشافعي: هو فسخ، وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس.

وقد روي عن الشافعي أنه كناية، فإن أراد به الطلاق كان طلاقا وإلا كان فسخا، وقد قيل عنه في قوله الجديد إنه طلاق.

وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا، لانه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى، وقال أبو ثور: إن لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة، وإن كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة.

فاحتج من جعله طلاقا بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره، وهذا راجع إلى

الاختيا فليس بفسخ، واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال: * (الطلاق مرتان) * ثم ذكر الافتداء ثم قال: * (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) * فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع **بالتراضي** قياسا على فسوخ البيع: أعني الاقالة، وعند المخ ا لف أن الآية إنما تضمنت حكم الافتداء على أنه شئ يلحق جميع أنواع الطلاق لا أنه شئ غير الطلاق.

فسبب الخلاف: هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها؟

الفصل الرابع: فيما يلحقه من الاحكام وأما لواحقه ففروع كثيرة، لكن نذكر منها ما شهر: فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا؟ فقال مالك: لا يرتدف إلا إن كان الكلام متصلا، وقال الشافعي: لا يرتدف وإن كان الكلام متصلا، وقال

---

(١) بداية المجتهد، ٢/٥٥

أبو حنيفة: يرتدف، ولم يفرق بين الفور والتراخي.

وسبب." (١)

"الفصل الاول: في الرباع فأما الرباع والاصول، فيجوز أن تقسم **بالتراضي** وبالسهمة إذا عدلت بالقيمة، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا، وإن كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه، والقسمة لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محال كثيرة، فإذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها إذا انقسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام، ويجيز الشركاء على ذلك.

وأما إذا انقسمت إلى ما لا منفعة فيه، فاختلف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك: إنها تنقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه مثل قدر القدم، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط، وهو قول أبي حنيفة والشافعي.

وعمدتهم في ذلك قوله تعالى: * (مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) * وقال ابن القاسم: لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة، وإن كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن.

وقال ابن الماجشون: يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به، وإن كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل.

وقال مطرف من أصحابه: إن لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وإن صار في حظ بعضهم ما ينتفع به، وفي حظ بعضهم ما لا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير،

وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل، ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير، وقيل بعكس هذا وهو ضعيف.

واختلفوا من هذا الباب فيما إذا قسم انتقلت منفعته إلى منفعة أخرى مثل الحمام.

فقال مالك: يقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين، وبه قال أشهب، وقال ابن القاسم: لا يقسم، وهو قول الشافعي.

فعمدة من منع القسمة قوله (ص): لا ضرر ولا ضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى: * (مما قل منه أو كثر نصيبنا مفروضا) * ومن الحجة لمن لم ير القسمة: حديث جابر عن أبيه لا تعضية على أهل الميراث إلا ما حمل القسم والتعضى: التفرقة، يقول: لا قسمة بينهم.

وأما إذا كان الرباع أكثر من واحد فإنها لا تخلو أيضا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الانواع، فإذا كانت متفقة الانواع فإن فقهاء الامصار في ذلك مختلفون، فقال مالك: إذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة، وقال أبو حنيفة والشافعي: بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك أنه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة.

وعمدة الفريق الثاني أن كل عقار تعينه بنفسه لانه تتعلق به الشفعة.

---

(١) بداية المجتهد، ٥٦/٢

واختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الانواع في النفاق وإن تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال، وأما إذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور." (١)

"ومنها حوائط ومنها أرض، فلا خلاف أنه لا يجمع في القسمة بالسهمة.

ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لا تقسم مع الثمرة إذا بدأ صلاحها باتفاق في المذهب، لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر، وذلك مزابنة.

وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك: أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال، ويعتل لذلك لانه يؤدي إلى بيع طعام بطعام متفاضلا، ولذلك زعم أنه لم يجز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لا نسيئه ولا نقدا، وأما إن كان بعد الابار، فإنه لا يجوز عنده إلا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة، وما لم يدخل في نصيبه فهم فيه على الشركة.

والعلة في ذلك عنده أنه يجوز

اشتراط المشتري الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار، فكأن أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من الثمر ا ت التي وقعت لشريكه واشترط الثمر.

وصفة القسم بالقرعة: أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامهم كسر إلى أن تصح السهام، ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها، ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة، فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها، فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق أسماء الاشراك وأسماء الجهات، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها، وقيل يرمى بالاسماء في الجهات، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها، فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه، فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب.

والسهمة إنما جعلها الفقهاء في القسمة تطيبا لنفوس المتقاسمين، وهي موجودة في الشرع في مواضع: منها قوله تعالى: * (فساهم فكان من المدحضين) * وقوله: * (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) * ومن ذلك الاثر الثابت الذي جاء فيه أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته، فأسهم رسول الله (ص) بينهم، فأعتق ثلث ذلك الرقيق.

وأما القسمة **بالتراضي** سواء أكانت بعد تعديل وتقويم، أو بغير تقويم وتعديل، فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لانه بيع من البيوع، وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع.

الفصل الثاني: في العروض وأما الحيوان والعروض، فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في ذلك.

واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما، ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه

---

(١) بداية المجتهد، ٢/٢١٥

معه، فقال مالك وأصحابه: يجبر على ذلك، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطي فيها أخذه، وقال أهل الظاهر: لا." (١)

"يجبر، لان الاصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع.

وحجة مالك أن في ترك الاجبار ضررا، وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع إنه ليس يقول به أحد من فقهاء الامصار إلا مالك، ولكنه كالضروري في بعض الاشياء.

وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد، فاتفق العلماء على قسمتها على **التراضي**، واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة، فأجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون.

واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمة من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض.

وأما ابن القاسم فاضطرب، فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما لا يجوز تسليم بعضه في بعض، فجعل القسمة أخف من السلم، ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم، وقد قيل إن مذهبه أن القسمة في ذلك أخف، وأن مسألة التي يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني.

وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان.

وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع **التراضي**، وذلك ضعيف لان الغرر لا يجوز **بالتراضي**.

الفصل الثالث: في معرفة أحكامها فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق إلا ما حكى اللخمي، والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدا، فإن كان صنفا واحد، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين، ولا خلاف في جواز قسمته على **التراضي** على التفضيل البين كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي: أعني الذي لا يجوز فيه التفاضل، ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول، ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن.

وأما إن كانت قسمته تحريا، فقيل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون، ويد خل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريا، وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين، فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال، وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن، لانه إذا كان بمكيال مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم،

وهذا كله على مذهب مالك، لان أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين إذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير، وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة: أعني على جهة الجمع وإن كانا صنفين، وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا.

---

(١) بداية المجتهد، ٢/٢١٦

وأما في واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة إلا على حدة، وإذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول، فهذا كله هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب.." (١)

"قيمة الزيادة ولا يرجع في شئمما في يده وإن كان قائما بالعيب.

وقال أشهب: والذي يفيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع.

وقال عبد العزيز بن الماجشون: وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي **بالتراضي**، لان التي **بالتراضي** هي بيع.

وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق، وإذا فسخت بالغبن وجب إن تفسخ بالرد بالعيب.

وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب أن كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يديه، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه،

وإن كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشئ.

وقال محمد: إذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة، لانه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب.

وأما إذا طرأ أعلى المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرو الوصية أو طرو وارث، فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك.

فأما إن طرأ الدين قيل في المشهور في المذهب وهو قول ابن القاسم: إن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم، وسواء أكانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن، هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك.

وقد قيل أيضا إن القسمة إنما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء، وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين، وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله: * (من بعد وصية يوصي بها أو دين) * وقيل بل تنقض إلا في حق من أعطي منه ما ينوي به من الدين، وهكذا الحكم في طرو الموصى له على الورثة.

وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه إن كان ذلك مكيلا أو موزونا وإن كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة.

وهل يضم كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه؟ فقيل يضمن، وقيل لا يضمن.." (٢)

"الله تعالى بالوفاء به.

وهذه المسألة مبينة على: هل الكتابة عقد لازم أم لا؟ وكذلك اختلفوا

في بيع الكتابة، فقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يجوز ذلك، وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب، ومن أجاز ذلك

---

(١) بداية المجتهد، ٢١٧/٢

(٢) بداية المجتهد، ٢١٩/٢

شبه بيعها ببيع الدين، ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر، وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين، وفي ذلك أثر عن النبي (ص)، أعني في الشفعة في الدين، ومذهب مالك في بيع الكتابة أنها إن كانت بذهب أنها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدين بالدين.

وإن كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف، وإذا أعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشتري.

ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد أن يجبر العبد على الكتابة أم لا؟ وأما شروط الكتابة فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد، وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة، ومنها شروط بحسب **التراضي**، وهذه الشروط منها ما يفسد العقد، ومنها ما إذا تمسك به أفسدت العقد وإذا تركت صح العقد، ومنها شروط جائزة غير لازمة، ومنها شروط لازمة، وهذه كلها هي مبسوطة في كتب الفروع، وليس كتابنا هذا كتاب فروع، وإنما هو كتاب أصول.

والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد.

والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي إلى إخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها، فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها، وإنما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها، وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من إخلالها بشروط الصحة، ولذلك جعل مالك جنسا ثالثا من الشروط، وهي الشروط التي إن تمسك بها المشترط فسد العقد، وإن لم يتمسك بها جاز، وهذا ينبغي أن تفهمه في سائر العقود الشرعية.

فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا اشترط في الكتابة شرطا من خدمة أو سفر أو نحوه وقوي على أداء نجومه قبل محل أجل ا لكتابة هل يعتق أم لا؟ فقال مالك وجماعة: ذلك الشرط باطل، ويعتق إذا أدى جميع المال، وقالت طائفة: لا يعتق حتى يؤدي جميع المال، ويأتي بذلك الشرط وهو مروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه أعتق رقيق الامارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين.

ولم يختلفوا أن العبد إذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين أنه لا يتم عتقه إلا بخدمة تلك السنين، ولذلك القياس قول من

قال: إن الشرط لازم، فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب.

وههنا مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب أخرى، وذلك أنها إذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على أنها فروع تابعة للاصول فيه، وإذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول، ولذلك كان الاولى ذكرها في هذا الكتاب.

فمن ذلك اختلافهم إذا زوج السيد بنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت، فقال مالك والشافعي: ينفسخ النكاح لانها ملكت جزءا منه، وملك يمين المر أ ة محرم عليها بإجماع، وقال أبو حنيفة: يصح النكاح، لان الذي ورثت إنما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب، وهذه المسألة هي أحق بكتاب النكاح.

ومن هذا الباب." (١)

---

(١) بداية المجتهد، ٣١٤/٢

"حلال وحرام – وإن غلب الحرام الحلال.

نعم: إن علم تحريم ما عقد به: حرم، وبطل.

(و) حرم (احتكار

قوت) كتمر، وزبيب، وكل مجزئ في الفطرة – وهو إمساك ما اشتراه في وقت الغلاء – لا الرخص – ليبيعه بأكثر عند اشتداد حاجة أهل محله أو غيرهم إليه، وإن لم يشتره بقصد ذلك.

لا ليمسكه لنفسه أو عياله أو ليبيعه بثمن مثله، ولا إمساك غلة أرضه، وألحق الغزالي بالقوت: كل ما يعين عليه، كاللحم، وصرح القاضي بالكراهة في الثوب.

(وسوم علي سوم) أي سوم غيره (بعد تقرر ثمن) **بالتراضي** به، وإن فحش نقص الثمن عن القيمة،." (١)

"قرض، وأجرة، وصداق، لا عن مسلم فيه، لعدم استقراره.

ولو استبدل موافقا في علة الربا، كدرهم عن دينار، اشترط قبض البدل في المجلس، حذرا من الربا، لا إن استبدل ما لا يوافقه في العلة، كطعام عن درهم

، ولا يبدل نوع أسلم فيه، أو مبيع في الذمة عقد بغير لفظ السلم بنوع آخر، ولو من جنسه: كحنطة سمراء عن بيضاء، لان المبيع مع تعينه لا يجوز بيعه قبل قبضه، فمع كونه في الذمة.

أولى.

نعم، يجوز إبداله بنوعه الاجود، وكذا الاردأ **بالتراضي**.." (٢)

"عن المثلي **بالتراضي**.

وإذا أخذ منه القيمة، فاجتمعا ببلد التلف، لم يرجعا إلى المثل، وحيث وجب مثل، فلا أثر لغلاء، أو رخص.." (٣)

" السجود مثلا فتارة يكون رفعه منهما قبل أخذ فرضه مع الإمام ، وتارة يكون بعده فإن كان رفعه بعد فإن صلاته صحيحة وكذلك الركعة مطلقا سبق الإمام عمدا أو جهلا أو سهوا ويؤمر بالعود بالشرط المذكور ، فإن لم يعد مع تمكنه فلا شيء عليه . وأما إن كان رفعه قبل أخذ فرضه فالصلاة باطلة إذا سبق الإمام عمدا أو جهلا ورفع قبله عمدا أو جهلا ؛ لأنه معتمد ترك ركن إن اعتد بما فعله ولم يعده . وإن اعتد بما فعله وأعاده ، فقد تعمد زيادة ركن . وأما إن كان رفعه سهوا وجب الرجوع ، فإن لم يرجع عمدا أو جهلا بطلت ، وسهوا : كان بمنزلة من زوحم عنه فيجري على تفصيل المزاحمة .

قوله : ١٦ (ضعيف) : أي لأنه مبحوث في علته .

---

(١) فتح المعين، ٣١/٣

(٢) فتح المعين، ٤٩/٣

(٣) فتح المعين، ١٦٥/٣

قوله : ١٦ (كل منهم صالح للإمامة) : أي بأن لا يكون بأحدهم نقص منع أو كره . فإن كان فيهم نقص منع أو كره فلا حق لهم في التقدم ، إلا السلطان ورب المنزل ؛ فلا يسقط حقهما وندب لهما الاستخلاف وعدم إهمال الأمر لغيرهما إذا كان النقص غير كفر وجنون ، وإلا فلا حق لهما أصلا .

قوله : ١٦ (لأنه مالك لمنافعه) : أي ولخبرته بطهارة المكان . والندب في هذه الأمور لا ينافي القضاء عند التنازع ، ومثل المستأجر كل من ملك المنفعة بإعارة أو عمري أو وقف .

قوله : ١٦ (واستخلفت) : أي ندبا وقيل وجوبا ، والحق أن الخلف لفظي ، لأن من قال وجوبا مراده أنها لا تباشر الإمامة بنفسها ، ومن قال ندبا مراده أنها لا تترك القوم هملا .

قوله : ١٦ (أولى من التعبير بثم) : أي للاختصار . والمقصود مطلق الترتيب وهو مستفاد بكل ، وذكره الأب والعم هنا عقب رب المنزل هو الأولى خلافا لما مشى عليه خليل من تأخيرهما فإنه معترض وتقديم الأب والعم الابن وابن الأخ عند المشاحة . وأما عند **التراضي** فالابن أو ابن الأخ الزائد في الفضل أولى .

قوله : ١٦ (فزائد فقه) إلخ : أي لأنه أدرى بأحوال الصلاة فيقدم ؛ وإن كان غيره أعلى منه رتبة ،

". (١)

" وإلا فبقيمته إن كان مقوما .

قوله : ١٦ (فلا يلزمه التصدق بمثله حينئذ) : حاصل المسألة عند فوات العوض أن الصور ست يتصدق عليه بمثل العوض إن كان مثليا وقيمته إن كان مقوما في خمس وهي ما إذا تولى البيع المضحي أو غيره بإذنه سواء صرف فيما يلزم المضحي أم لا . أو تولاه الغير بغير إذنه وصرفه فيما يلزم المضحي وأما لو تولاه الغير بغير إذنه وصرفه فيما لا يلزم المضحي فلا شيء على المضحي .

قوله : ١٦ (لا بالنذر) : أي لقول المقدمات : لا تجب الأضحية إلا بالذبح وهو المشهور في المذهب (١ هـ) . وهذا في الوجوب الذي يلغي طرو العيب بعده كما ذكره ابن رشد وابن عبد السلام وأفاده الشارح فإن نذرها ثم أصابها عيب قبل الذبح فإنها لا تجزىء كما قال عبد السلام لأن تعيين المكلف والتزامه لا يرفع ما طلب منه الشارع فعله يوم الأضحى من ذبح شاة سليمة من العيوب . بخلاف طرو العيب في الهدي بعد التقليد فإنه يجب ذبحه وإن كان معيبا هذا هو المراد . وليس المراد عدم وجوب الضحية بالنذر مطلقا بل نذرها يوجب ذبحها ويمنع بيعها وبدلها .

قوله : ١٦ (فله أن يصنع بها ما شاء) : أي ولا يجب عليه عوض حيث كانت معينة غاية ما هناك يطالب بسنة الضحية إن كان غنيا .

قوله : ١٦ ([وقيل تتعين بالنذر]) : أي فيكون نذرها كتعيين الهدي بالتقليد .

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٢٩٩/١

تتمة : يجوز إبدال الضحية بدونها وبمساويها هذا إذا كان الإبدال اختياريا بل وإن كان اضطراريا كاختلاط لها مع غيرها . لكن يكره له ترك الأفضل لصاحبه إلا بقرعة فلا يكره ؛ لكن يندب له ذبح أخرى أفضل منها . ويكره له ذبحها . فإن أخذ الدون بلا قرعة وذبحه ففيه كراهتان . ويجوز أيضا أخذ عوض الضحية إن اختلطت بعد الذبح عند ابن عبد السلام . قال : لأن هذا لا يقصد به المعاوضة ولأنها شركة ضرورية فأشبهت شركة الورثة في لحم أضحية مورثهم فإنه يجوز للورثة قسمها على حسب المواريث ولو ذبحت لكن بعد الذبح بالقرعة لأنها تمييز حق **بالتراضي** . لأنها بيع ويجوز بيعها في دين على الميت ما لم تذبح .

---

(١) ".

" للهو يساوي أقل الصداق وإلا أجزأ .

قوله : ١٦ (ويرجع للدية) : أي للزوم العفو بمجرد **التراضي** على جعله صداقا .

قوله : ١٦ (ليكون سمسارا) إلخ : أي وأما لو جعلت له شيئا يساوي ربع دينار في نظير السمسرة فاستحقه فله جعله صداقا .

قوله : ١٦ (فيغتفر) : أي وإن لم توجد شروط البيع التي اشترطت في بيع الثمر قبل بدو صلاحه وهي ثلاثة إن نفع واضطر له ولم يتمالئوا عليه .

قوله : ١٦ (أو بينه ولم يبين الأجل) : أي وأما لو بينه والأجل ولم يبين السكة وكانت السكة متعددة فإنها تعطي من السكة الغالبة يوم العقد فإن تساوت أخذت من جميعها بالسوية كمتزوج برقيق لم يذكر أحمر ولا أسود .

قوله : ١٦ (تختاره هي) : أي أنه يجوز أن يقول لها أتزوجك بعبد تختارينه إذا كان لذلك الزوج عبيد مملوكة له وكانت معينة حاضرة أو غائبة ووصفت كما يجوز أن يقول للمشتري أبيعك على البت عبدا تختاره أنت بكذا بالشروط المذكورة .

قوله : ١٦ (لأنه لا يدري) : أي ولا يقال يتعين أن يختار الأدنى لجواز أن يختار الأعلى لعلو همته مثلا فجاء الغرر . إن قلت إن الغرر موجود في كلتا الحالتين والغالب أن كلا يختار الأحظ لنفسه فهي تختار الأعلى وهو يختار الأدنى فالتفرقة بينهما تحكم ولكن الفقه مسلم .) ١٦ (

قوله : ١٦ (كما لو وقع بثمرة) إلخ : أي وإن لم توجد شروط البيع .

قوله : ١٦ (بفتح الشين) إلخ : أي وأما بضمها فهي الجمال فإذا قال لها أتزوجك بالشوار فينظرها لها إن كانت حضرية أو بدوية ويقضي بشوار مثلها لمثله بخلاف البيع فلا يجوز أن تكون الشورة ثمنا .

قوله : ١٦ (كعشرة

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٢/٩٥

". (١)

" حاصلة أن المعتمد في الروشن والساباط جواز احداثهما مطلقا كانت السكة الجميع في نقض العدد فليس له الرضا به مجانا على المشهور ولا بد من نقض الصرف فيه سواء قام بحقه فيه وطلب البدل أو رضي مجانا . وألحق (اللخمي) به نقص الوزن فيما إذا كان التعامل بها وزنا ؛ فلذلك قال (الشارح) : أي نقص العدد أو الوزن ويقيد بما إذا كان التعامل بها وزنا فقط أو وزنا وعددا .

قوله : ١٦ (صح الصرف) : أي ولا يجوز التراضي على البدل إلا في المغشوش المعين من الجهتين كذا الدينار بهذه العشرة دراعهم ففيه طريقتان : الأولى : إجازة البدل ولا ينتقض الصرف ، لأنهما لم يفترقا وفي ذمة أحدهما للآخر شيء ولم يزل المعين مقبوضا لوقت البدل ، فلم يلزم على البدل صرف المؤخر ، بخلاف غير المعين فيفترقان وذمة أحدهما مشغولة لصاحبه ففي البدل صرف مؤخر . والطريقة الثانية : أن المغشوش المعين فيه قولان : المشهور منهما نقض الصرف وعدم إجازة البدل .

قوله : ١٦ (فإنه ينقض بعد الطول مطلقا) : والفرق بين النقص وغيره حيث قلتم إن النقص يوجب الصرف عند الطول مطلقا وغيره إن رضي به مجانا فلا ينقص أن الناقص لم يقبض لا حسا ولا معنى بخلاف غيره فقد قبض حسا .

قوله : ١٦ (وحيث نقض) : أي جبرا أو بغير جبر .

قوله : ١٦ (فالأكبر هو الذي ينقض) : أي ولا ينقض الأصغر وقطعة من الأكبر في نظير ما زاد على الأصغر لأن الدنانير المضروبة لا يجوز كسرها لهذا المعنى ، لأنه من الفساد في الأرض .

قوله : ١٦ (فآخر) : أي فينقض الآخر وإن لم يستغرق المعيب جميعه ويرد تمامه من التسليم لأجل النقض ولا

". (٢)

" ودينهم باق عليه فلهم منعه مما بقي وفاء الدين الذي في الذمة حتى يوفيهم دينهم .

قوله : ١٦ (أو غيرها) : معطوف على مهر مسلط عليه دين كأن يكون لأخيها مثلا عليه دين فيحطه عنه في نظير الخلع ولو قال أو غيره ويكون المعنى أو تحط عنه دين مهرها أو دين غيره لكان أوضح .

قوله : ١٦ (وأما المرأة المفلسة) إلخ : هذا مرتب على محذوف تقديره ما تقدم لك من جواز المخالعة مفروض في فلس الرجل المخالع وأما المرأة إلخ .

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٢/٢٧٨

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣/٣٢

قوله : ١٦ (فليس لها الخلع) : أي لأنه تصرف مالي وهي ممنوعة منه .

قوله : ١٦ (لأن لها المحاصصة بمهرها) : أي لحلول المؤجل وإن لم يطلق وأيضا يخفف عنه أمر النفقة .

قوله : ١٦ (ولا يلزمه العفو على مال) : أي لأن الواجب فيه على مذهب ابن القاسم إما القصاص أو العفو مجانا وليس للمجني عليه او عاقلته إلزام الجاني بالدية نعم لهم **التراضي** عليها ، وأما على مذهب أشهب القائل : إن المجني عليه يخير بين الدية والقود والعفو مجانا . فمقتضاه أن للغرماء منعه من القصاص ويلزمونه أخذ الدية ، إلا أن يقال : قاعدة المذهب تقتضي جواز قصاصه حتى عند أشهب ، لقولهم : ليس للغرماء جبر المفلس على انتزاع مال رقيقه كذا في الخرشي والحاشية . مثل القصاص في النفس جراح العمد التي ليس فيها شيء مقدر ، وإلا فلهم منعه منه .

قوله : ١٦ (أو ما فيه مال) : أي كجراحات العمد أي التي فيها مقدر كالجراحات الأربعة الآتية في باب الدماء إن شاء لله تعالى .

قوله : ١٩ (وعتق أم ولده) : أي التي استولدها قبل التفليس ، وأما التي أولدها بعد الحجر عليه فإنه يرد عتقها لأنها تباع دون ولدها .

فائدة : لا يقبل منه أنه أحبل أمته قبل الحجر إلا أن يفشو ذلك ؛ قيل بين الجيران أو تشهد به النساء كذل في الحاشية .

قوله : ١٦ (وحل به) : هذا هو الثاني من الأمور الخمسة .

قوله : ١٦ (وبالموت) : يستثنى من الموت من قتل مدينه فإن دينه المؤجل لا يحل لحمله على الاستعجال .

قوله : ١٦ (ما أجل من الدين) : أي الذي عليه بدليل قوله واما الدين الذي له .

قوله : ١٦ (وأما الدين الذي له فلا يحل) إلخ : انظر لو

".(١)

"

قوله : ١٦ (إن حدث له مال) : مفهومه أنه إذا لم يحدث مال لايحجر عليه وإن طال الزمان وبه العمل ، وقيل : يجدد عليه بعد كل ستة أشهر .

قوله : ١٦ (فيدخل فيه الأول والآخر) : يصح قراءتهما بالإفراد أي الفريق الاول والفريق الآخر وبالجمع أي أرباب الدين الأول وأرباب الدين الآخر .

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣/٢٢٢

قوله : ١٦ (إلا إذا تجدد له مال بلا أصل معاملة) : مثل ذلك مالو فضل بيد المفلس عن دين الآخرين فضلة فيتحاصص فيها الاولون كما لو كانت السلع عند المفلس وقت التفليس قيمتها أقل من الدين لكسادها ثم بعد التفليس حصل فيها رواج وصارت أكثر من الدين .

قوله : ١٦ (بأن كان الدين الذي عليه عرض أو مثلي) : هكذا نسخة المؤلف برفع عرض على أن كان تامة . وعرض بدل من الدين . وقوله : أومثلي معطوف عليه .

قوله : ١٦ (ويشتري بالخمسين الأخرى) : أي التي خصت من له العرض في الحصاص ، فإن وفت نصف دينه فالامر ظاهر ، وإن وفت دينه كله لحصول رخص في العرض فاز به وصار لا شيء له قبل المفلس ، وإن وفت دون منابه في الحصاص غلو فيالعروض تقرر له ما بقي في ذمة المفلس . وهذا معنى قول خليل : ومضى إن رخص أو غلا ، فمعنى مضيه : انه لايرجع على الغرماء إن حصل غلاء في العروض ولا يرجعون عليه إن حصل رخص فتأمل .

قوله : ١٦ (وجاز لرب الدين) : إلخ : أي عند التراضي وأما عند المشاحة فقد سبق أنه يشتري له صفة طعامه أو مثل عرضه بما نابه في الحصاص .

قوله : ١٦ (إلا لمانع) : هذا مبني على أن

---

(١) ".

" ذمة الميت) : أي بخلاف المفلس فإن الذمة موجودة في الجملة ودين الغرماء متعلق بها .

قوله : ٦ (ونحوه) : أي كبينة لازمت القابض لها حتى الفلس ورد بلمو على أشهب حيث قال : لا يرجع في دراهمه المسكوكة بل يحاصص بها لأن الموجود في الاحاديث من وجد سلعته أو متاعه لا يطلق والنقد لا يطلق عليه ذلك وحجة ابن القاسم قياس الثمن على المثمن .

قوله : ٦ (بكطحن حنطة) : تمثيل للمنفي ، وإنما كان الطحن ناقلا هنا مع انه تقدم في الربويات انه غير ناقل على المشهور لان النقل هنا عن العين وهو يكون بأدنى شيء ، والنقل فيما تقدم عن الجنس ولا يكون إلا بأقوى شيء ، فلا تلازم بين البابين .

قوله : ٦ (وذبح لحيوان) : أي ولا يجوز التراضي على أخذه بعد الذبح لما فيه من القضاء عن الحيوان بلحم من جنسه وكذا أخذ السمن غير الزبد وكذا التراضي على الثمر بدل الرطب والدقيق بدل القمح ، فيمنع جميع ما ذكر لما فيه من القضاءعلى ثمن الطعام طعاما من جنسه ، وهو لايجوز بخلاف التراضي على أخذ الثوب بدل الشقة والباب بدل الخشبة فجائز .

قوله : ٦ (ولو قال أخذه كان أوضح) : ومثل ذلك يقال في قوله : بخلاف تعيينها ولهيئتها ونقصها ، ولكنه أنث في هذه المواضع نظرا لذات الشيء .

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٢٢٨/٣

قوله : ٦ (ولو كان المشتري أخذ أرشا) : استشكل بأنه لا يدفع أرش جرح إلا بعد البرء على شين وحينئذ ، فلا يتصور الأرش وإذا عاد لهيئته وقد يجاب بأنه متصور في الجراحات الأربعة ؛ فإن فيها ما قرره الشارع سواء برئت على شين أم لا . وأفرق بين جناية المشتري والأجنبي حيث جعلتم الخيار للبائع فى جناية المشتري عاد المبيع لهيئة أم لا . وأما فى الأجنبي فألخياره على الوجه المذكور إذاعاد المبيع لهيئته فقط أن جناية المشترى حاصلة على ما

". (١)

" واحد منهما شبرا من الجانب الذي يليه بطول العشرين ذراعا بان يشق نصفه كما رأى عيسى ابن دينار ؛ فإن ذلك فساد إن كان بالقرعة . وأما **بالتراضي** فيجوز طولا أو عرضا إذا تراضوا على ان كل واحد يأخذ نصيبه من جهته ويقضي على الجار أيضا بإعادة جداره الساتر لغيره إن هدمه ضررا إلا لإصلاح أو هدم بنفسه فلا يقضي على صاحبه بإعادته ، ويقال للجار استر على نفسك إن شئت .

قوله : ١٦ (وقضى بهدم بناء في طريق) : أي نافذة اولا ما لم تكن أصلها ملكا له ، بأن كانت دارا له وانهدمت وصارت طريقا فله البناء ولايهدم ، وقيده بعضهم بما إذا لم يطل الزمازن حتى يظن إعراضه عنها فليس له فيها كلام .

قوله : ١٦ (باعة بأفنية دور) : حاصله أنه يقضي بجلوس الباعة بأفنية الدور بشروط أربعة : إن خف الجلوس ولا يضر بالمارة لاستاع الطريق ، وان تكون الطريق نافذة ، وان يكون جلوسهم للبيع . وباعة : أصله بيعة بفتح الياء : جمع بائع ؛ كحاكة وحائك صاغة وصائغ ، تحركت الياء وانفتح ما قبلها فقلبت ألفا ، وفناء المسجد كفناء الدور ، والراجح جواز كراء الأفنية سواء كانت لدور أو حوانيت ، فيجوز لصاحب الدور والحانوت أخذ الأجرة من الباعة الذين يجلسون كثيرا في فناء داره أو حانوته .

قوله : ١٦ (كمسجد) : الظاهر ان المراد به المكان المعد للطاعة المباح ليشمل عرفة ومنى ومزدلفة ، فحكمها حكم المسجد في التفصيل . فإن قلت : ما الفرق بين المسجد والسوق ؟ حيث قلتم في المسجد : يقضي به للسابق ما لم يعتده غيره وفي السوق : يقضي به للسابق ولو اشهر به غيره ، مع أن كلا مباح ولكل مسلم فيه حق ؟ قلت : الفرق ان المسجد وما في معناه مباح مرغب فيه يمدح به فيه يتنافس المتنافسون ، فلذلك قيد القضاء فيه لسابق بعدم اعتياده للغير ، والسوق وإن كان مباحا للجلوس فيه فإنما هو عند الضرورات فل تتنافس فيه العلاء ولذلك ورد : إن خير البقاع المساجد وشرها الأسواق .

قوله : ١٦ (فإنه يقضي للسابق) : وانظر : هل يكفي السبق بالفرض فيه ؟ أو لابد أن يكون بذاته والسبق بالفر تحجير ؟ ولا يجوز ذكر (ح) فيه خلافا .

قوله : ١٦ (إلا أن يعتاده) : أي لما في صحيح مسلم عنه قال : (إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به) .

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣/٢٣٦

قوله : ١٦ (وقيل لا يقضي) : المعتمد القضاء للمشتهر .

قوله : ١٦ (وكذا إن كانت

". (١)

" بقوله : وشرطها أيضا أن تكون في منفعة إلخ ويستثنى من قوله لا في غلة اللبن . فيجوز إن حصل فضل بين وسيأتي ذلك .

قوله : ١٦ (إلا إذا أدخلا مقوما) : أي فإن أدخلا مقوما رد فيها بالغبن إلحاقا لها بالقرعة ما لم يطل الزمان وإلا فلا رد .

قوله : ١٦ (وقد يتسامح فيها ما لا يتسامح في البيع) : أي ولذلك شببها بالبيع ولم يطلق عليها بيعا حقيقة .

قوله : ١٦ (كما يؤخذ مما يأتي) : أي في مسائل الباب التي ذكرها خليل وشراحه وإن لم يصرح بها شارحنا ، كجواز قسم القفيز ليأخذ أحدهما ثلثية والآخر ثلثه بالتراضي منهما فلو كانت بيعا حقيقة لما جاز ذلك وأيضا يجوز فيها قسمة ما أصله أن يباع مكيلا كصبرة قمح مع ما أصله أن يباع جزافا كفدان من أرض مع خروج كل منهما عن أصله ، ويجوز قسم ما زاد غلته على الثلث على أحد القولين ولم يجيزوا بيعه .

قوله : ١٦ (إن كان حاضرا) إلخ : أي إلى آخر شروط بيع الدين ، وهي كما قاله المصنف فيما تقدم : وشرط بيع الدين : حضور المدين ، وإقراره ، وتعجيل الثمن ، وكونه من غير جنسه أو بجنسه واتحد قدرا وصفة ، وليس ذهبا بفضة وعكسه ولا طعام معاوضة (اه) .

قوله : ١٦ (وكذا التي قبلها) : أي وهي أخذ أحدهما

". (٢)

" عرضا والآخر دينا .

قوله : ١٦ (أي خيار أحدهما أو خيارهما) : أخذ التعميم من إضافة خيار للضمير والضمير عائد على الأحد الدائر .

قوله : ١٦ (من عقار وغيره) : أي وتقدم أنها في العقار منتهاها ستة وثلاثون يوما وفي الرقيق عشرة وفي العروض خمسة كالدواب إلا ركوبها في البلد فاليومان وخارجه فالبريدان .

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣/٣٠٧

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣/٤٢٠

قوله : ١٦ (ومما يعد رضا) : أي لقول المصنف فيما تقدم : وانقطع ، بما دل على الإمضاء أو الرد وبمضي زمنه ، فيلزم المبيع من هو بيده وله الرد في كالغد ولا يقبل منه بعده أنه اختار أو رد إلا ببينة ؛ فالكتابة والتدبير والتزويج والتلذذ والرهن والبيع والتسوق والوسم وتعمد الجناية والإجارة من المشتري رضا ومن البائع رد ، إلا الإجارة (اه) .

قوله : ١٦ (يجوز في القرعة أيضا) : أي بخلاف المسألتين قبلها .

قوله : ١٦ (كخف ونعل) : أي يأخذ أحدهما فردة خف والآخر الفردة الأخرى والنعل كذلك ، وأدخلت الكاف المصراعين والقرطين ، بخلاف قسم الأم العاقلة من ولدها قبل الإثغار فلا يجوز **التراضي** على ذلك لا في البيع ولا في القسمة .

قوله : ١٦ (فلذا يرد فيها بالغبن) : أي ولو كانت بيعا لم يرد فيها بالغبن ؛ لأن الغبن لا يرد به .

قوله : ١٦ (من مقوم) : بكسر الواو اسم فاعل : وهو المعدل للأنصباء .

قوله : ١٦ (ويجبر عليها من أباها) : أي ولو كانت بيعا فلا يجبر يجبر عليها من أباها ؛ لأن البيع لابد فيه من رضا المتبايعين .

قوله : ١٦ (بالسهم) : المراد به القرعة .

قوله : ١٦ (يفرد كل منهما) : أي من الدور أو الأقرحة .

قوله : ١٦ (ويقسم العقار

". (١)

"٣٧٠٠ - قال ابن القاسم: ولا بأس بقسمة الصوف على ظهور الغنم إن جزاه الآن، أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها، ولا يجوز ما بعد.

ويقسم العبيد إذا انقسموا وإن أبى ذلك بعضهم.

٣٧٠١ - ويجمع في القسم البز كله، من ديباج، [وحرير،] وخز، وثياب كتان، ويجمع مع ذلك ثياب الصوف والأبرية إذا لم يكن في كل صنف من ذلك ما يحمل القسم في انفراده، وإن كان في كل صنف من ذلك ما يحمل القسم في انفراده، قسم منفردا.

وقال في باب آخر بعد هذا: فيمن ترك ثياب خز، وحرير، وقطن، وكتان، وجباب، وأكسية، أيقسم كل نوع على حدة، أم يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد؟ قال: أرى أن يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد، فيقسم على القيمة، كما يجمع الرقيق وفيها: صغير، وكبير، ودني، وفاره.

وكذلك تقسم الإبل وفيها أصناف، والبقر وفيها أصناف.

ولو ترك قمصا وجبابا وأردية وسراويلات، جمع ذلك كله في القسم على القيمة، ولا يجمع مع الأمتعة والثياب، بسط

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣/٤٢١

أو وسائد.

قال ابن القاسم: ولا يجمع في القسم بالسهاد الخيل، والبغال، والحمير، والبراذين، ولكن يقسم كل صنف على حدة، فالخيل والبراذين صنف، والحمير صنف، والبغال صنف، والجذع يكون بين الرجلين، والثوب الواحد والثوب الملفق قطعتين من العدني وغيره، والباب، والمصراعان، والخفان، والنعلان، والرحا، لا يقسم شيء من ذلك إلا **بالتراضي**، والساعدان، والساقان، والفص، والياقوتة، واللؤلؤة، والخاتم، هذا كله لا يقسم، فإن اجتمع من كل صنف من ذلك عدد يحمله القسم، قسم كل صنف على حدة، ولا يجمع من ذلك صنفان في القسم، والغرارتان إن لم تكن في قسمتهما فساد، قسمتا، وإلا لم تقسما.

والحبل والخرج إذا أبى أحدهما قسمته لم يقسم.

والمحمل إذا كان في قسمته ضرر ونقص ثمن، لم يقسم، إلا أن يجتمعا على ذلك. وتقسم الجبنة وإن أبى أحدهم كالطعام.." (١)

"وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية، وما قيمته مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان، ويقترعون. وأما **بالتراضي** بغير قرعة، فجائز.((١))

وأما داران في موضع [واحد] وإن تفاضلتا في البناء، كواحدة جديدة وأخرى قديمة، أو دار بعضها رثيث وباقيها جديد، فذلك يجمع في القسم، لأنه صنف واحد، منه جيد ودون بالقيم، كقسمة الرقيق على تباينها.

وكل صنف لا بد من ذلك فيه، فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمله القسم، بيع عليهم الجميع، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم، فيجوز.

٣٧٠٩ - ومن هلك وترك متاعا وحليا، قسم المتاع بين الورثة بالقيمة، والحلي بالوزن، فإن قال أحدهم: أعطوني حظكم من الحلي بوزنه ذهبا يدا بيد، فرضوا، جاز ذلك.

وإذا كان في الحلي جوهر لا يبين منه، فإن كانت الفضة أو الذهب فيه قدر الثلث فأدنى، أو كانت سيوفا محلاة كذلك، حلية كل سيف منها الثلث فأدنى، جاز قسم ذلك بالقيمة كالعروض، إذ يجوز بيع السيف فضته الثلث فأقل بفضة نقدا، أقل مما فيه أو أكثر. [ويجوز أن يباع] بفضة وعرض، أو بسيف فضته أكثر من الثلث أو أدنى، وكذلك القسمة. فأما إن كان فضة كل سيف أكثر من الثلث، لم يجز قسمتها بالقيمة، وكذلك الحلي، ٣٧١٠ - وإذا قسم القاسم بين قوم فلم يرض أحدهم بما أخرج السهم له أو لغيره، وقال: لم أظن هذا يخرج لي، فقد لزمه، وقسم القاسم ماض، كان في ربع أو حيوان أو غيره.

وكذلك إن قالوا له: غلطت، أو لم تعدل، مضت قسمته ونظر الإمام في ذلك، فإن كان قد عدل في القسمة أمضاه، وإلا رده، ولم ير مالك قسمة القاسم بمنزلة حكم القاضي.

ولا يجوز لأجنبي أن يشتري [من] أحدهم ما يخرج له بالسهم من الثياب، إذ لا شركة له فيها، وإنما جاز ما أخرج السهم

---

(١) تهذيب المدونة، ٣/٣٥٢

في تمييز حظ الشريك خاصة، لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع.

---

(١) انظر: مواهب الجليل (٣٣٧/٥).." (١)

"ومن كنف أخا له صغيرا، أو ابن أخ له احتسابا، فأوصى له أحد بمال فقام عليه، لم يجز بيعه له ولا قسمه.

وكذلك لو وثب على تركة أخيه وولده بغير إيصائه، فهو كالأجنبي، ولا يجوز قسم الزوج لزوجته البكر ولا قبض مالها، والأب أو وصيها أولى بذلك وإن دخلت حتى يؤنس رشدها بعد الدخول، فيدفع إليها مالها حينئذ.

وليس للزوج قضاء في مالها قبل البناء ولا بعده، وإن مات الأب ولم يوص، لم يجز للزوج أن يقسم لها إلا بأمر قاض.

٣٧١٥ - [قال ابن القاسم:] وإذا اقتسم شريكان دورا، أو أرضين، أو رقيقا، أو عروضا، فوجد أحدهما ببعض ما أخذ عيبا، فإن كان وجه ما نابه أو أكثره رد الجميع وابتديا بالقسم إلا أن يفوت بيد صاحبه ببيع، أو هبة، أو حبس، أو صدقة، أو هدم، أو بناء، فيرد قيمته يوم قبضه، فيقتسمان تلك القيمة مع الحاضر المردود، وليس حوالة الأسواق في الدور فوتا، وإن كان المعيب الأقل، رده ولم يرجع فيما بـيـد شريكه وإن لم يفت، إذ لم ينقض القسم، ولكن ينظر فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده، رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنا، ثم يقتسمان هذا المعيب.

وكذلك إن اقتسما دارا واحدة ثم وجد أحدهما عيبا يسيرا أو كثيرا، أو اقتسما على التراضي، فأخذ أحدهما نخلا ودورا ورقيقا وحيوانا، وأخذ الآخر بزا وعطرا وجوهرا، فأصاب أحدهما بصنف مما أخذ عيبا فعلى ما ذكرنا، ولو بنى أحدهما في حصته من الدار وهدم بعد القسمة، ثم وجد عيبا، فذلك فوت، ويرجع بنصف قيمة العيب ثمنا على ما فسرنا.

٣٧١٦ - ومن ابتاع دارا عظمى أو نخلا فاستحق بعضها، أو وجد بها عيبا، فأما اليسير كبيت من دار عظمى، أو نخلات يسيرة من كثيرة، فإن ذلك يرجع بحصته من الثمن، ويلزمه البيع فيما بقي، وإن كان كثيرا رد البيع. وكذلك القسمة.." (٢)

"٣٧٢٣ - [قال مالك:] ومن اشترى مائة إردب [قمح]، فاستحق منها خمسون، خير المبتاع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده.

وإن أصاب بخمسين إردبا منها عيبا، أو بثلث الطعام، أو بربعه، فإنما له أخذ الجميع أو رده، وليس له رد المعيب وأخذ الجيد خاصة، وإن اقتسما عشرين دارا بالسهم أو التراضي، فوقع لكل واحد عشر دور فاستحقت واحدة، أو وجد بها عيب، فإن كان جل ما بيد من وقعت له أو أكثره ثمنا، انتقض القسم، وإن لم يكن جله فإن كانت قدر عشر نصيبه وقد استحقت، رجع بنصف عشر قيمة ما بيد الآخر ثمنا، ولا يرجع فيه وإن كان قائما.

وإن كان [إنما] وجد بها عيبا فيردها، وليرد الآخر عشر قيمة ما بيده، ثم يكون ذلك مع الدار المعيبة بينهما، إذا لم

---

(١) تهذيب المدونة، ٣٥٧/٣

(٢) تهذيب المدونة، ٣٦٠/٣

ينتقض القسم.

واستحقاق دار من دور في البيوع بخلاف الدار الواحدة يبتاعها، ثم يستحق بعضها لما يدخل عليه من الضرر فيها فيما يريد أن يبني أو يسكن، إلا أن لا يضره ذلك في بقيتها فيكون كالدور، واستحقاق النصف أو الثلث فيها كثير، يوجب له رد بقيتها أو حبسه بحصته من الثمن.

٣٧٢٤ - وإن اقتسما جاريتين فأخذ كل واحد منهما واحدة، فاستحقت جارية أحدهما بعد أن أولدها، فلربها أخذها وقيمة ولدها، ويرجع هذا على صاحبه بنصف الجارية الأخرى إن لم تفت، فإن فاتت بتغير سوق فأعلى، أخذ منه نصف قيمتها يوم قبضها.

وقد قال مالك فيمن استحق أمة وقد ولدت من مبتاعها: إنه يأخذها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق، وأخذ به ابن القاسم، ثم رجع مالك فقال: لا يأخذها، لأن في ذلك على المبتاع ضررا لما يلحقه من العار ويلحق ولده إذا أخذت منه، ولكن يأخذ المستحق قيمتها وقيمة ولدها.

قال ابن القاسم: ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها، لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك، ويجيز حينئذ في قولي مالك جميعا على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق.." (١)

"فإن قسما فقال: اجعلوا نصيبي إلى جنب داري حتى أفتح فيه بابا، لم يقبل منه ذلك، وقسمت الدار بالقيمة، فحيث وقع سهمه أخذه وإن كان في الناحية الأخرى.

وإن اقتسما هذه الدار فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره، ففتح إلى النصيب من داره بابا وجعل يمر من داره إلى طريق هذا النصيب هو ومن اكترى منه، أو سكن معه، فذلك له إن أراد ارتفاقا، ولا يمنع.

وإن أراد أن يجعل ذلك فيه، كسكة نافذة لممر الناس يدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق، فليس له ذلك.

وإن قسما دارا على أن يأخذ كل واحد طائفة، فإن من صارت الأجنحة في حظه، فهي له ولا تعد من الفناء، وإن كانت في هوى الأفنية، وهي تعد من البناء.

قال: وفناء الدار لهم أجمعين، للمرفق به، ولا بأس بالتفاضل في قسمة التراضي، أو يزيد أحدهما الآخر عرضا أو حيوانا بعينه، نقدا أو موصوفا إلى أجل معلوم، أو عينا نقدا أو مؤجلا، أو [على] هبة، [أو هدية] أو صدقة معلومة كذلك. ولا يجوز على دين مسمى إلا أن يضربا أجلا.

٣٧٣١ - ولا بأس بأرزاق القضاة والعمال إذا عملوا على حق، وكل عامل للمسلمين على حق، وما بعث فيه الإمام من أمور الناس، فالرزق فيه من بيت المال.

وأكره لقسام القاضي والمغنم أن يأخذوا على القسم أجرا، لأنه إنما يفرض لهم من أموال الناس اليتامى وسائر الناس، كما أكره ارتزاق صاحب السوق من أمول الناس، وإن كانت أرزاق القسام من بيت المال، جاز.((١))

ولا بأس أن يستأجر أهل مورث، أو مغنم قاسما برضاهم، وأجر القاسم على جميعهم ممن طلب القسم أو أباه.

---

(١) تهذيب المدونة، ٣٦٤/٣

وكذلك أجر [كاتب] الوثيقة، قال مالك في قوم أرادوا أخذ مال لهم عند رجل، فيستأجرون من يكتب بينهم كتابا يتوثق لهم وله، فأجره عليهم وعليه. وقد تقدم في كتاب العتق ذكر من أعتق أو دبر في مرضه.

---

(١) انظر: الشرح الكبير (٣/٥١٠).." (١)

"٣٧٠٠ – قال ابن القاسم: ولا بأس بقسمة الصوف على ظهور الغنم إن جزاه الآن، أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها، ولا يجوز ما بعد.

ويقسم العبيد إذا انقسموا وإن أبى ذلك بعضهم.

٣٧٠١ – ويجمع في القسم البز كله، من ديباج، [وحرير،] وخز، وثياب كتان، ويجمع مع ذلك ثياب الصوف والأبرية إذا لم يكن في كل صنف من ذلك ما يحمل القسم في انفراده، وإن كان في كل صنف من ذلك ما يحمل القسم في انفراده، قسم منفردا.

وقال في باب آخر بعد هذا: فيمن ترك ثياب خز، وحرير، وقطن، وكتان، وجباب، وأكسية، أيقسم كل نوع على حدة، أم يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد؟ قال: أرى أن يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد، فيقسم على القيمة، كما يجمع الرقيق وفيها: صغير، وكبير، ودني، وفاره.

وكذلك تقسم الإبل وفيها أصناف، والبقر وفيها أصناف.

ولو ترك قمصا وجبابا وأردية وسراويلات، جمع ذلك كله في القسم على القيمة، ولا يجمع مع الأمتعة والثياب، بسط أو وسائد.

قال ابن القاسم: ولا يجمع في القسم بالسهاد الخيل، والبغال، والحمير، والبراذين، ولكن يقسم كل صنف على حدة، فالخيل والبراذين صنف، والحمير صنف، والبغال صنف، والجذع يكون بين الرجلين، والثوب الواحد والثوب الملفق قطعتين من العدني وغيره، والباب، والمصراعان، والخفان، والنعلان، والرحا، لا يقسم شيء من ذلك إلا **بالتراضي**، والساعدان، والساقان، والفص، والياقوتة، واللؤلؤة، والخاتم، هذا كله لا يقسم، فإن اجتمع من كل صنف من ذلك عدد يحمله القسم، قسم كل صنف على حدة، ولا يجمع من ذلك صنفان في القسم، والغرارتان إن لم تكن في قسمتهما فساد، قسمتا، وإلا لم تقسما.

والحبل والخرج إذا أبى أحدهما قسمته لم يقسم.

والمحمل إذا كان في قسمته ضرر ونقص ثمن، لم يقسم، إلا أن يجتمعا على ذلك. وتقسم الجبنة وإن أبى أحدهم كالطعام.." (٢)

---

(١) تهذيب المدونة، ٣/٣٦٨

(٢) تهذيب مسائل المدونة المسمى ((التهذيب في اختصار المدونة))، ٣/٣٥٢

"وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية، وما قيمته مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان، ويقترعون. وأما **بالتراضي** بغير قرعة، فجائز.((١))

وأما داران في موضع [واحد] وإن تفاضلتا في البناء، كواحدة جديدة وأخرى قديمة، أو دار بعضها رثيث وباقيها جديد، فذلك يجمع في القسم، لأنه صنف واحد، منه جيد ودون بالقيم، كقسمة الرقيق على تباينها.

وكل صنف لا بد من ذلك فيه، فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمله القسم، بيع عليهم الجميع، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم، فيجوز.

٣٧٠٩ - ومن هلك وترك متاعا وحليا، قسم المتاع بين الورثة بالقيمة، والحلي بالوزن، فإن قال أحدهم: أعطوني حظكم من الحلي بوزنه ذهبا يدا بيد، فرضوا، جاز ذلك.

وإذا كان في الحلي جوهر لا يبين منه، فإن كانت الفضة أو الذهب فيه قدر الثلث فأدنى، أو كانت سيوفا محلاة كذلك، حلية كل سيف منها الثلث فأدنى، جاز قسم ذلك بالقيمة كالعروض، إذ يجوز بيع السيف فضته الثلث فأقل بفضة نقدا، أقل مما فيه أو أكثر. [ويجوز أن يباع] بفضة وعرض، أو بسيف فضته أكثر من الثلث أو أدنى، وكذلك القسمة.

فأما إن كان فضة كل سيف أكثر من الثلث، لم يجز قسمتها بالقيمة، وكذلك الحلي، ٣٧١٠ - وإذا قسم القاسم بين قوم فلم يرض أحدهم بما أخرج السهم له أو لغيره، وقال: لم أظن هذا يخرج لي، فقد لزمه، وقسم القاسم ماض، كان في ربع أو حيوان أو غيره.

وكذلك إن قالوا له: غلطت، أو لم تعدل، مضت قسمته ونظر الإمام في ذلك، فإن كان قد عدل في القسمة أمضاه، وإلا رده، ولم ير مالك قسمة القاسم بمنزلة حكم القاضي.

ولا يجوز لأجنبي أن يشتري [من] أحدهم ما يخرج له بالسهم من الثياب، إذ لا شركة له فيها، وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة، لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع.

---

(١) انظر: مواهب الجليل (٣٣٧/٥).." (١)

"ومن كنف أخا له صغيرا، أو ابن أخ له احتسابا، فأوصى له أحد بمال فقام عليه، لم يجز بيعه له ولا قسمه.

وكذلك لو وثب على تركة أخيه وولده بغير إيصائه، فهو كالأجنبي، ولا يجوز قسم الزوج لزوجته البكر ولا قبض مالها، والأب أو وصيها أولى بذلك وإن دخلت حتى يؤنس رشدها بعد الدخول، فيدفع إليها مالها حينئذ.

وليس للزوج قضاء في مالها قبل البناء ولا بعده، وإن مات الأب ولم يوص، لم يجز للزوج أن يقسم لها إلا بأمر قاض.

٣٧١٥ - [قال ابن القاسم:] وإذا اقتسم شريكان دورا، أو أرضين، أو رقيقا، أو عروضا، فوجد أحدهما ببعض ما أخذ عيبا، فإن كان وجه ما نابه أو أكثره رد الجميع وابتديا بالقسم إلا أن يفوت بيد صاحبه ببيع، أو هبة، أو حبس، أو صدقة، أو هدم، أو بناء، فيرد قيمته يوم قبضه، فيقتسمان تلك القيمة مع الحاضر المردود، وليس حوالة الأسواق في

---

(١) تهذيب مسائل المدونة المسمى) (التهذيب في اختصار المدونة))، ٣٥٧/٣

الدور فوتا، وإن كان المعيب الأقل، رده ولم يرجع فيما بـيـد شريكه وإن لم يفت، إذ لم ينقض القسم، ولكن ينظر فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده، رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنا، ثم يقتسمان هذا المعيب.

وكذلك إن اقتسما دارا واحدة ثم وجد أحدهما عيبا يسيرا أو كثيرا، أو اقتسما على **التراضي**، فأخذ أحدهما نخلا ودورا ورقيقا وحيوانا، وأخذ الآخر بزا وعطرا وجوهرا، فأصاب أحدهما بصنف مما أخذ عيبا فعلى ما ذكرنا، ولو بنى أحدهما في حصته من الدار وهدم بعد القسمة، ثم وجد عيبا، فذلك فوت، ويرجع بنصف قيمة العيب ثمنا على ما فسرنا.

٣٧١٦ – ومن ابتاع دارا عظمى أو نخلا فاستحق بعضها، أو وجد بها عيبا، فأما اليسير كبيت من دار عظمى، أو نخلات يسيرة من كثيرة، فإن ذلك يرجع بحصته من الثمن، ويلزمه البيع فيما بقي، وإن كان كثيرا رد البيع. وكذلك القسمة.." (١)

"٣٧٢٣ – [قال مالك:] ومن اشترى مائة إردب [قمح]، فاستحق منها خمسون، خير المبتاع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده.

وإن أصاب بخمسين إردبا منها عيبا، أو بثلث الطعام، أو بربعه، فإنما له أخذ الجميع أو رده، وليس له رد المعيب وأخذ الجيد خاصة، وإن اقتسما عشرين دارا بالسهم أو **التراضي**، فوقع لكل واحد عشر دور فاستحقت واحدة، أو وجد بها عيب، فإن كان جل ما بيد من وقعت له أو أكثره ثمنا، انتقض القسم، وإن لم يكن جله فإن كانت قدر عشر نصيبه وقد استحقت، رجع بنصف عشر قيمة ما بيد الآخر ثمنا، ولا يرجع فيه وإن كان قائما.

وإن كان [إنما] وجد بها عيبا فيردها، وليرد الآخر عشر قيمة ما بيده، ثم يكون ذلك مع الدار المعيبة بينهما، إذا لم ينتقض القسم.

واستحقاق دار من دور في البيوع بخلاف الدار الواحدة يبتاعها، ثم يستحق بعضها لما يدخل عليه من الضرر فيها فيما يريد أن يبني أو يسكن، إلا أن لا يضره ذلك في بقيتها فيكون كالدور، واستحقاق النصف أو الثلث فيها كثير، يوجب له رد بقيتها أو حبسه بحصته من الثمن.

٣٧٢٤ – وإن اقتسما جاريتين فأخذ كل واحد منهما واحدة، فاستحقت جارية أحدهما بعد أن أولدها، فلربها أخذها وقيمة ولدها، ويرجع هذا على صاحبه بنصف الجارية الأخرى إن لم تفت، فإن فاتت بتغير سوق فأعلى، أخذ منه نصف قيمتها يوم قبضها.

وقد قال مالك فيمن استحق أمة وقد ولدت من مبتاعها: إنه يأخذها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق، وأخذ به ابن القاسم، ثم رجع مالك فقال: لا يأخذها، لأن في ذلك على المبتاع ضررا لما يلحقه من العار ويلحق ولده إذا أخذت منه، ولكن يأخذ المستحق قيمتها وقيمة ولدها.

---

(١) تهذيب مسائل المدونة المسمى ((التهذيب في اختصار المدونة))، ٣/٣٦٠

قال ابن القاسم: ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها، لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك، ويجيز حينئذ في قولي مالك جميعا على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق.." (١)

"فإن قسما فقال: اجعلوا نصيبي إلى جنب داري حتى أفتح فيه بابا، لم يقبل منه ذلك، وقسمت الدار بالقيمة، فحيث وقع سهمه أخذه وإن كان في الناحية الأخرى.

وإن اقتسما هذه الدار فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره، ففتح إلى النصيب من داره بابا وجعل يمر من داره إلى طريق هذا النصيب هو ومن اكترى منه، أو سكن معه، فذلك له إن أراد ارتفاقا، ولا يمنع.

وإن أراد أن يجعل ذلك فيه، كسكة نافذة لممر الناس يدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق، فليس له ذلك.

وإن قسما دارا على أن يأخذ كل واحد طائفة، فإن من صارت الأجنحة في حظه، فهي له ولا تعد من الفناء، وإن كانت في هوى الأفنية، وهي تعد من البناء.

قال: وفناء الدار لهم أجمعين، للمرفق به، ولا بأس بالتفاضل في قسمة **التراضي**، أو يزيد أحدهما الآخر عرضا أو حيوانا بعينه، نقدا أو موصوفا إلى أجل معلوم، أو عينا نقدا أو مؤجلا، أو [على] هبة، [أو هدية] أو صدقة معلومة كذلك. ولا يجوز على دين مسمى إلا أن يضربا أجلا.

٣٧٣١ – ولا بأس بأرزاق القضاة والعمال إذا عملوا على حق، وكل عامل للمسلمين على حق، وما بعث فيه الإمام من أمور الناس، فالرزق فيه من بيت المال.

وأكره لقسام القاضي والمغنم أن يأخذوا على القسم أجرا، لأنه إنما يفرض لهم من أموال الناس اليتامى وسائر الناس، كما أكره ارتزاق صاحب السوق من أمول الناس، وإن كانت أرزاق القسام من بيت المال، جاز.((١))

ولا بأس أن يستأجر أهل مورث، أو مغنم قاسما برضاهم، وأجر القاسم على جميعهم ممن طلب القسم أو أباه.

وكذلك أجر [كاتب] الوثيقة، قال مالك في قوم أرادوا أخذ مال لهم عند رجل، فيستأجرون من يكتب بينهم كتابا يتوثق لهم وله، فأجره عليهم وعليه. وقد تقدم في كتاب العتق ذكر من أعتق أو دبر في مرضه.

---

(١) انظر: الشرح الكبير (٥١٠/٣).." (٢)

"يقدم على غيره ولو أبا .

(قوله ولو زاد فقها) أي ولو كان الابن زائدا في الفقه على أبيه وهذا عند المشاحة وأما عند **التراضي** فالابن الأفقه أولى من أبيه بالإمامة وكذا يقال فيما بعده من العم وابن أخيه كما في أبي الحسن (قوله ولو زائد فقه) أي ولو كان ابن الأخ

---

(١) تهذيب مسائل المدونة المسمى ((التهذيب في اختصار المدونة))، ٣٦٤/٣

(٢) تهذيب مسائل المدونة المسمى ((التهذيب في اختصار المدونة))، ٣٦٨/٣

زائد فقه أو أكبر سنا وخالف في ذلك سحنون وقال إن كان ابن الأخ زائد فقه أو أكبر سنا قدم على عمه ا هـ بن." (١)

"(و) جاز (للوارث القسم) في الأضحية الموروثة بالقرعة ؛ لأنها تمييز حق لا **بالتراضي** لأنها بيع على حسب المواريث (، ولو) (ذبحت) قبل موت المورث (لا) يجوز (بيع) لها (بعده) أي بعد الذبح (في دين) على الميت لتعينها بالذبح .

". (٢)

"(وأجل المعترض) الحر الثابت لزوجته عليه خيار بأن لم يسبق له فيها وطء (سنة) قمرية لعلاجه (بعد الصحة) من مرض غير الاعتراض أي إذا كان به مرض غيره فإنه يؤجل بعد الصحة منه سنة (من يوم الحكم) لا من يوم الرفع ؛ لأنه قد يتقدم عن يوم الحكم فإن لم يترافعا وتراضيا على التأجيل فمن يوم **التراضي** (وإن مرض) بعد الحكم جميع السنة أو بعضها كأن يقدر في مرضه هذا علاج أو لا ولا يزاد عليها بل يطلق عليها (و) أجل (العبد نصفها) أي نصف السنة .

". (٣)

"وإما استحقاقا شرع في بيانه بقوله (وإن استحق) من أحد المتصارفين شيء (معين) من دينار أو درهم ، وكذا غير معين على الراجح ، وإنما قيد به لأجل قوله وهل إن تراضيا إلخ ؛ لأن التردد في المعين ، وأما غيره فيجبر الآبي لمن طلب إتمام العقد بلا تردد (سك) مراده بالمسكوك ما قابل المصوغ فيشمل التبر والمكسور (بعد مفارقة أو طول) بلا افتراق بدن (أو) استحق (مصوغ مطلقا) أي حصلت مفارقة أو طول أم لا ؛ لأن المصوغ يراد لعينه فغيره لا يقوم مقامه (نقض) الصرف فلا يجوز لمن استحقت عينه أن يأتي ببدلها ويتمم الصرف (وإلا) بأن استحق المسكوك بالحضرة (صح وهل) محل الصحة (إن تراضيا) بالبدل ومن أباه منهما لا يجبر أو يصح مطلقا ومن أباه منهما جبر عليه (تردد) في المعين ، وأما غير المعين فلا يشترط فيه **التراضي** لقوله في المعيب وأجبر عليه إن لم تعين وقيل بل التردد جار حتى في غير ا لمعين فلا وجه لقول المصنف معين

". (٤)

"استحقاقه بحضرة العقد أو بعد مفارقته معينا أم لا ؛ لأن المصوغ يراد لعينه فغيره لا يقوم مقامه ، وإن كان المستحق مسكوكا بحضرة العقد صح عقد الصرف سواء كان المستحق معينا حال العقد أم لا إلا أن غير المعين لا

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣١٣/٣

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٨٩/٦

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٤١/٨

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١١٨/١١

يشترط في صحة العقد فيه **التراضي** على البدل وحينئذ فيجبر فيه على البدل من أراد نقض الصرف لمن أراد إتمامه بدفع البدل ، وأما المعين فقيل : إن صحة العقد فيه مقيدة بما إذا تراضيا على البدل كما قال ابن يونس ومن أبى لا يجبر عليه ، وقيل غير مقيدة كغير المعين فيجبر على البدل من أباه وأراد نقض الصرف وهو ظاهر إطلاق كلام أبي عمران وأبي بكر بن عبد الرحمن ا هـ .

ولو قال المصنف : وإن استحق مصوغ نقض صرفه مطلقا ، ولو بالحضرة كغيره من تبر ومسكوك إن طال والأصح وهل إن تراضيا أو يجبر الآبي تردد كان أوضح .

(قوله : وأما غير المعين فلا يشترط إلخ) أي بل يجبر فيه من طلب نقص الصرف لمن أراد إتمامه بدفع البدل وقوله : لقوله في المعيب إلخ أي ويقاس الاستحقاق على العيب وجعل التردد في المعين دون غيره طريقة للشيخ سالم ، وقد اعترضه طفى بأن الصحة عند ابن القاسم في الحضرة مطلقة في المعين وغيره ، وكذا التردد في قوله : وهل إن تراضيا إلخ فتخصيص الشيخ سالم له بالمعين وإن غير المعين لا يشترط فيه **التراضي** مستدلا بقول المصنف في المعيب وأجبر عليه إن لم تعين فيه نظر لمخالفته لكلامهم كما يظهر من التوضيح وغيره والاستحقاق يخالف." (١)

"[درس] ، ثم شرع في بيان القسم الثالث ، وهو المفيت بقوله (و) التغير الحادث عند المشتري (المخرج عن) الغرض (المقصود) من المبيع (مفيت) للرد بالقديم ولو دلس البائع وإذا كان مفيتا (فالأرش) متعين للمشتري على البائع عند التنازع ، وأما عند **التراضي** فعلى ما تراضيا عليه (ككبر صغير) عند المشتري عاقل ، أو غيره (وهرم) ، وهو ما أضعف القوى والمنفعة ، أو أكثرهما (وافتضاض بكر) بالقاف وبالفاء والمعتمد أنه من المتوسط ، ولو في العلية وما مشى عليه المصنف ضعيف (وقطع غير معتاد) كجعل الشقة برانس ، أو قلاعا للمركب واستثنى من قوله فالأرش قوله (إلا أن يهلك) المعيب عند المشتري (بعيب التدليس) من البائع كتدليسه بحرابته فحارب فقتل (أو) يهلك (بسماوي زمنه) أي زمن عيب التدليس (كموته) ولو حكما كأن لم يعلم له خبر (في) زمن (إباقه) الذي دلس فيه بأن اقتحم نهرا ، أو تردى ، أو دخل جحرا فنهشته حية فمات فإن المشتري يرجع على البائع بجميع الثمن واحترز بقوله زمنه إلخ عما لو مات بسماوي في غير حال تلبسه بعيب التدليس فلا يرجع بثمنه بل بأرش القديم فقط .

." (٢)

"فإنه يتعين رد الجميع ؛ لأنه لو تمسك بالسليم من المعيب الذي هلك عنده بحصته من العرض القائم والفرض أن المعيب وجه الصفقة لكان كإنشاء عقدة بثمن مجهول إذ لا يعلم ما يخص السليم من ذلك العرض القائم إلا بعد التقويم (قوله فليس له رد المعيب) أي من أحد المزدوجين بحصته من الثمن والتمسك بالسليم أي بما يخصه من الثمن

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٢٠/١١

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٥٢/١٢

بل إما أن يتماسك بالجميع ، أو يرد الجميع ، وظاهر الشارح عدم جواز رد المعيب والتماسك بالسليم من المزدوجين ، ولو تراضيا على ذلك ، وهو ما في خش وعبق تبعا لعج لما في ذلك من الفساد الذي منع الشرع منه ولكن رد ذلك طفى وقال الصواب جواز ذلك عند **التراضي** كما ذكروه في القسمة من جوازها مراضاة في الخفين ونحوهما لإمكان شراء كل واحد من الشريكين فردة الآخر ليكمل انتفاعه انظر بن .

(قوله وجب ردهما معا ، أو التمسك بهما معا) أي ولا يجوز رد المعيب منهما بحصته من الثمن ؛ لأن ال شارع منع من التفرقة بينهما قبل الإثغار وهذا حيث لم ترض الأم بذلك ، وإلا جاز رد المعيب بحصته من الثمن إلا أن يكون وجه الصفقة بناء على أن الحق في عدم التفرقة للأم لا للولد ، وإلا منع ، ولو رضيت الأم بذلك ولو كان المعيب أقل من وجه الصفقة .

.." (١)

"[درس] (ولا كلام لواجد) عيبا (في) مثلي من مكيل وموزون ومعدود (قليل) عيبه بأن لا يزيد على المعتاد (لا ينفك) عنه المثلي بأن تقول أهل المعرفة إنه ليس من الأمر الطارئ (كقاع) أي قعر مخزن الطعام ، أو الأندر به بلل يسير فلا يحط عنه شيء من الثمن (، وإن انفك) العيب القليل عنه عادة كابتلال بعضه بمطر ، أو ندى ولم يبلغ الثلث (فللبائع التزام الربع) المعيب مراده به ما دون الثلث (بحصته) ويلزم المشتري السليم بما ينوبه (لا أكثر) من الربع بالمعنى المتقدم بأن بلغ الثلث فأكثر فليس للبائع التزام المعيب وإلزامه المشتري السليم بما ينوبه بل الخيار للمشتري في التمسك بالجميع ، أو رد الجميع (وليس للمشتري التزامه) أي التزام السليم ويلزم البائع المعيب (بحصته) ، وأما بجميع الثمن فله ذلك (مطلقا) كان الربع فأقل ، أو الثلث فأكثر ، إذ من حجة البائع أن يقول أبيعه لي ج مل بعضه بعضا وهذا عند التنازع ، وأما عند **التراضي** فلا إشكال (وروجع) فيما إذا كان المبيع مقوما متعددا كعشرة أثواب كل ثوب بعشرة (للقيمة لا للتسمية) لجواز اختلاف الأفراد بالجودة والرداءة ويتسامح عند بيع الجملة فيسمي العشرة لما يساوي أكثر منها ولما يساوي أقل .

.

." (٢)

"(و) لا تجوز الإقالة من الطعام قبل قبضه على أن يرد عليك البائع (مثل مثليك) أيها المشتري أي مثل ثمنك المثل الذي دفعته ولا بد من قبضك الطعام إلا أن يرد عليك عين مثليك ولا الإقالة عليه ثم **التراضي** على أخذ غيره عنه ولا مع زيادة ، أو تأخير (إلا العين) فتجوز الإقالة قبل قبض الطعام على مثلها (وله) أي للبائع (دفع مثلها ، وإن كانت) عينك (بيده) إلا أن يكون البائع من ذوي الشبهات ؛ لأن الدنانير والدراهم تتعين في حقه .

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٧٢/١٢

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٤٠/١٢

.

". (١)

"(قوله ومثل مثليك) عطف على بدنه من حيث المعنى لا من حيث اللفظ ؛ لأنه لا يصح تسلط تغير على المعطوف فكأنه قيل : لا تجوز الإقالة على رد متغير بدنه ولا مثل مثليك وقيده ح وتبعه عبق بالسلم قال ، وأما في البيع فتجوز الإقالة على مثل المثلي قاله في أواخر السلم الثاني من المدونة قال بن قلت وفيه نظر بل لا فرق بين السلم والبيع وما استدل به من كلام المدونة فلا دلالة فيه ؛ لأن الإقالة فيما استدل به مفروضة بعد القبض وكلامنا في الإقالة من الطعام قبل القبض وأيضا المردود مثله في كلام المدونة المبيع وفي مسألتنا هو الثمن ، وحاصل المسألة أنك إذا أسلمت قنطارا من الكتان ، أو من القطن في إردب قمح ، أو اشتريت بالكتان ، أو القطن إردبا من القمح حالا فلا تجوز الإقالة من القمح قبل قبضه على أن يرد إليك المسلم إليه كتانا مثل كتانك ، وإنما تجوز إذا كان يرد إليك كتانك بذاته حالا ، وأما ل و أسلمت إليه الكتان في غير طعام جازت الإقالة من ذلك المسلم فيه ولو قبل قبضه على أن يرد عليك مثل كتانك (قوله ولا الإقالة عليه) أي ولا تجوز الإقالة على رد ثمن المثلي ، ثم يقع التراضي بعد ذلك على أن تأخذ غيره عوضا عنه (قوله ولا مع زيادة ، أو تأخير) أي ولا تجوز الإقالة مع زيادة على ثمنك ، أو على تأخير لرد ثمنك يا مشتري ، ولو يوما ، ولو برهن ، أو حميل (قوله تتعين في حقه) أي وحينئذ فلا تجوز الإقالة من الطعام قبل قبضه على رد مثلها سواء كانت بيده." (٢)

"درس ﴿ فصل ﴾ في القرض بفتح القاف وقيل بكسرها (يجوز قرض ما يسلم فيه) أي كل ما يصح أن يسلم فيه من عرض وحيوان ومثلي والأصل فيه الندب (فقط) أي دون ما لا يصح فيه السلم كدار وبستان وتراب معدن وصائغ وجوهر نفيس فلا يصح فيه القرض ، ولما كان السلم في الجواري جائزا ولا يصح قرضهن على الإطلاق استثناهن بقوله (إلا جارية تحل للمستقرض) فلا يجوز قرضها لما فيه من إعارة الفروج ، ولذا انتفى المنع إن حرمت عليه أو كان المقترض امرأة (وردت) وجوبا إن أقرضها لمن تحل له (إلا أن تفوت بمفوت البيع الفاسد) كوطء أو حوالة سوق فأعلى وليس الغيبة عليها بفوت على الأظهر (فالقيمة) أي فتلزم المقترض بالقيمة ، ولا يجوز التراضي على ردها إن فات بوطء ولو ظنا كغيبة عليها على أنها مفوتة ، وجاز إن فاتت بحوالة سوق ونحوه وأما لو خرجت من يده فالأمر ظاهر (كفاسده) أي كفاسد البيع ؛ لأن القرض إذا فسد رد إلى فاسد أصله فيفوت بالقيمة لا إلى صحيح نفسه وأتى بهذا التشبيه ليفيد أن القيمة يوم القبض ، وعلى هذا فلا يستفاد من كلام المصنف حكم ما فسد من القرض غير هذا

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٢/١٦٥

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٢/١٦٦

الفرع إلا بالقياس على ما ذكر .

". (١)

"واستحسنه بن (قوله لا في ذمته) أي لا يمنع من التصرف في ذمته كما لو التزم شيئا لغير رب الدين إن ملكه ، ثم ملكه فلا يمنع من دفعه له حيث ملكه بعد وفاء دينهم ، وأشار به لقول ابن الحاجب ، وتصرفه بشرط أن يقبض في غير ما حجر عليه فيه صحيح انظر ح (قوله فلا يمنع منه) أي من دفع ما التزمه (قوله كخلعه) تشبيه في قوله لا في ذمته ، وقوله لما فيه إلخ هذا التعليل يقتضي أن المرأة إذا فلست لا يجوز لها أن تخالع زوجها على مال وهو كذلك لأن ظاهر كلام ابن يونس أو صريحه أن خلع المرأة المفلسة كتزويج الرجل المفلس ونصه وما دام المدين قائم الوجه فإقراره بالدين جائز ، وله أن يتزوج فيما بيده من المال ما لم يفلس وكذلك المرأة تخالع زوجها بمال والدين محيط بها وليس لها أن تخالع من المال الذي تفلس فيه ا هـ بن (قوله وطلاقه) أي لما فيه من تخفيف المؤنة عنه (قوله وتحاصص) به أي لأنها تحاصص به مطلقا سواء طلقها أو لا ، وهذا جواب عما يقال كيف جعل له الطلاق مع أن الصداق المؤخر يدفعه حالا ، وحاصل الجواب أنها تحاصص به مطلقا طلق أم لا فليس الطلاق موجبا لذلك (قوله وقصاصه) أي لا يمنع المفلس من أن يقتص ممن وجب له عليه قصاص عمد ؛ لأن الواجب فيه على مذهب ابن القاسم إما القصاص أو العفو مجانا وليس للمجني عليه أو عاقلته إلزام الجاني بالدية نعم لهم التراضي عليها ، وأما على مذهب أشهب القائل إن المجني عليه يخير بين الدية والقود." (٢)

") أي قسم المال يقوم حالا ولو مؤجلا ؛ لأنه حل بالفلس (واشترى له) أي لصاحب مخالف النقد (منه) أي من جنس دينه وصفته من طعام أو عرض (بما يخصه) في الحصاص من مال المفلس كأن يكون مال المفلس مائة دينار وعليه لشخص مائة دينار وعليه أيضا عروض تساوي مائة وطعام يساوي مائة فلصاحب المائة ثلث مائة المفلس ويشترى لصاحب العرض عرض صفة عرضه بثلثه الثاني ولصاحب الطعام صفة طعامه بالثلث الثالث ، وجاز مع التراضي أخذ الثمن إن خلا من مانع كما سيأتي (ومضى) القسم (إن رخص) السعر بالضم ككرم عند الشراء كأن يشتري لصاحب العرض بما نابه ما يزيد على الثلث ولو جميع دينه (أو غلا) كأن يشتري له به سدس دينه فلا رجوع للغرماء عليه في الرخص ، ولا له عليهم في الغلاء ويرجع على المدين فيهما بما بقي له ، فإن زاد ما اشترى له على دينه رد الزائد على الغرماء (وهل يشتري) لمن دينه يخالف النقد كأن أ سلم للمفلس في عشرة أثواب أو أرادب (في شرط جيد) شرطه المسلم عليه عند عقد السلم (أدناه) أي أدنى الجيد رفقا بالمفلس (أو) يشتري له (وسطه) ؛ لأنه العدل بينهما (قولان) ولو اشترط دنيء هل يشتري له بما ينوبه أدنى الدنيء أو وسطه قولان أيضا (وجاز) لمن له

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٤٩/١٢

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٢٤/١٣

دين مخالف (الثمن) أي أخذ الثمن الذي نابه في الحصاص (إلا لمانع) شرعي (كالاقتضاء) أي كالمانع المتقدم في الاقتضاء في قوله وبغير جنسه إن جاز بيعه قبل قبضه وبيعه بالمسلم فيه مناجزة وأن يسلم فيه رأس." (١)

"والرديء على الغالب وإلا فالوسط قلت ما مر إذا لم يفلس المسلم إليه وما هنا فيما إذا فلس فللمفلس حكم غير حكم غيره .

(قوله وجاز) أي عند التراضي ، وأما عند المشاحة فقد سبق أنه يشتري له صفة طعامه أو مثل عرضه بما نابه في الحصاص (قوله أخذ الثمن الذي نابه في الحصاص) أي بدلا عما ينوبه من دينه (قوله إلا لمانع كالاقتضاء) المواق هذا مبني على أن التفليس لا يرفع التهمة ، وقيل إن التفليس يرفع التهمة فيجوز في التفليس ما لا يجوز في الاقتضاء ابن عرفة وهما روايتان ا هـ بن (قوله وبغير جنسه) أي وجاز وفاء المسلم فيه بغير جنسه ، وقوله إن جاز بيعه أي المسلم فيه قبل قبضه (قوله وبيعه) أي وجاز بيع المأخوذ بالمسلم فيه (قوله وأن يسلم فيه) أي في المأخوذ (قوله لأنه) أي المسلم آل أمره ، وقوله إلى أنه أي المسلم دفع له أي للمسلم إليه (قوله فلا يجوز أخذ ما نابه) بل يتعين الشر ا ء له من جنس دينه (قوله لأنه يؤدي إلى بيع وصرف متأخر) أي وإلى اجتماع البيع والصرف .

(قوله وبيع الطعام إلخ) أي والبيع والسلف إن كان المسلم فيه العين عرضا كثوبين ، والحاصل أن رأس المال إذا كان ذهبا فلا يجوز أخذ ما نابه في الحصاص إن كان فضة لما فيه من الصرف المؤخر واجتماع البيع والصرف أو كان ذهبا وكان المسلم فيه طعاما أو عرضا كثوبين لما في الأول من بيع الطعام قبل قبضه ولما في الثاني من اجتماع البيع والسلف (قوله إن كان المسلم فيه طعاما) قال في التوضيح لو." (٢)

"الصداق فتحاصص بنصفه (وعصمة) كمن خالعته على مال تدفعه له فخالعها ففلست فيحاصص غرماءها بما خالعها عليه ، ولا يرجع في العصمة التي خرجت منه (و) لا في (قصاص) صولح فيه بمال ، ثم فلس الجاني لتعذر الرجوع شرعا في القصاص بعد العفو ، وفي جعل ما لا يمكن شرطا نظر إذ لا يخاطب المكلف إلا بما في وسعه ولثالثها بقوله (ولم ينتقل) عين ماله عما كان عليه حين البيع ، فإن انتقل فالحصاص (لا إن طحنت الحنطة) فلا رجوع وأولى لو عجنت أو بذرت (أو خلط) عين ماله (بغير مثل) ولم يتيسر تمييزه كخلط زيت بزيت من غير نوعه أو بسمن أو بمسوس ، وأما خلطه بمثلي فغير مفوت (أو سمن زبده أو فصل ثوبه) أو قطع الجلد نعالا ولو قال أو فصل شيؤه لشمل مسألة الجلد وغيرها وهذا بخلاف دبغ الجلد وصبغ الثوب أو نسج الغزل فلا يفوت (أو ذبح كبشه) أو غيره من الحيوان (أو تتمر رطبه) الذي اشتراه مفردا عن أصله وإلا فلا يفوت إلا بجذها كما تقدم ، ولا يجوز التراضي على

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٤٥/١٣

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥١/١٣

أخذ الكبش المذبوح أو التمر أو السمن إن قلنا إن التفليس ابتداء بيع ، وأما إن قلنا هو نقض للبيع من أصله فيجوز . ". (١)

"النفي مع أنها لا تعطف بعده ، وإنما كان الطحن هنا ناقلا مع أنه قد تقدم في الربويات أنه غير ناقل على المشهور ؛ لأن النقل هنا عن العين وهو يكون بأدنى شيء والنقل فيما تقدم عن الجنس ولا يكون إلا بأقوى شيء فلا يلزم من عدم النقل هناك عدمه هنا ولا عكسه (قوله أو بمسوس) أي أو خلط قمح جيد بمسوس (قوله أو قطع الجلد نعالا) ما ذكره من أن هذا مفوت هو ما في التوضيح ا هـ بن (قوله فلا يفوت إلا بجذها كما تقدم) أي وأما التتمر فلا يفوت الرجوع في أخذ عين شيئه (قوله إن قلنا إن التفليس) الأولى إن قلنا إن أخذ السلعة من المفلس ابتداء بيع وذلك لأن في أخذ التمر بيع رطب بيابس من جنسه وفي أخذ الكبش بيع الحيوان بلحم من جنسه ؛ لأنه اقتضاء عن ثمن الحيوان لحما من جنسه وهو يرجع لما قلنا وفي أخذ السمن الاقتضاء عن ثمن الطعام طعاما ، وأما **التراضي** على أخذ النعال أو أخذ الثياب فهو جائز على كلا القولين .." (٢)

"(قوله وقضي على جار بالإذن) أي أنه يقضى على الجار أن يأذن لجاره في أن يدخل الأجراء والبنائين من داره لأجل إصلاح جداره الكائن من جهته ارتكابا لأخف الضررين وهما دخول دار الجار وضرورة الإصلاح ودخول دار الجار أخف .

ويؤخذ من هذا أن منزل كنيف الجار إذا كان في دار جاره فإنه يقضي على الجار في أن يأذن لجاره بإدخال العملة في داره لأجل نزحه ، وأشعر قول المصنف لإصلاح جدار أنه لا يقضى على الجار بالإذن في الدخول لتفقد الجدار وهو ظاهر كلام ابن فتوح وأشعر أيضا أنه إذا أراد تطيين أو تبييض حائطه من جهة جاره فله منعه حيث لا يترتب على ذلك إصلاح جداره كما أن للجار منعه من إدخال جص وطين في داره ويفتح له كوة في حائطه لأخذ ذلك إذ ربما كدر عليه داره ، بل قالوا : إذا أذن الجار لجاره في إدخاله العملة في داره لأجل إصلاح جداره وتضرر من دخول الجار مع العملة كان له ويصف ما يريد عمله للع ملة وهم يعملون (قوله أي من حيث العرض) أشار إلى أن عرضنا تمييز محول عن نائب الفاعل أي لا يقسم عرضه ملتبسا بطوله .

(قوله من الجانب الذي يليه) الصواب إسقاطه ؛ لأن الفرض أن القسم بالقرعة فتارة يأتيه بها ما يليه وتارة ما يلي صاحبه ولو أريد قسمه **بالتراضي** لجاز القسم على ما تراضوا عليه من الطول أو العرض كما في ابن غازي و ح ا هـ بن وفي شب أن محل جواز تراضيهما على قسمه عرضا إذا تراضوا على أن كل واحد يأخذ نصيبه من جهته ، وأما على أن كل واحد يأخذ نصيبه من." (٣)

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٩٠/١٣

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٩٥/١٣

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٩/١٤

"جهة صاحبه فيمنع ؛ لأن قسمة المراضاة بيع وشرط البيع الانتفاع بالمبيع فتحصل أن الجدار يقضى بقسمته بالقرعة طولا لا عرضا ويجوز قسمته **بالتراضي** طولا وعرضا إذا تراضوا على أن كل واحد يأخذ نصيبه من جهته وإلا منع ومحل القضاء بقسمه بالقرعة طولا إذا لم يكن عليه جذوع للشريكين وإلا لم يقسم جبرا لا طولا ولا عرضا بل يتقاوياه فمن صار له اختص به وله قلع جذوع شريكه ومحل عدم قسمه حينئذ إذا لم يدخلا على أن من جاءت جذوعه من ناحية الآخر أبقاها بحالها انظر التوضيح .

(قوله بأن يشق نصفه) المراد بأن يجعل علامة في نصف العرض كوتد يدق في الجدار (قوله على من هدمه) لعل الأولى إسقاط هذه الكلمة (قوله لا إن هدمه لإصلاح إلخ) كلام ابن يونس ظاهر أو صريح في الجدار الذي هو لأحدهما وهو سترة بينهما ، وأما المشترك إذا انهدم ، فإن اتسع موضعه قسم كما تقسم أنقاضه وإلا فهو من أفراد قوله قضى على ش ر يك إلخ (قوله أو هدم) بالبناء للمفعول لا بالبناء للفاعل ؛ لأنه لم يرد لازما وأما تفسير بعضهم له بقوله أي انهدم بنفسه فهو تفسير مراد وهو عطف على هدمه الواقع في حيز لا وقول الشارح فلا يقضى على صاحبه بإعادته في الحالتين أي ولو مع القدرة على إعادته." (١)

"(قوله يأخذ حصته من المشترك) علم منه أن قسمة المراضاة قسمة رقاب وذوات كالقرعة الآتية بخلاف قسمة المهايأة فإنها قسمة منافع ولكن لا بد في كل من المهايأة والمراضاة من رضا الشريكين فلا تفعل واحدة منهما إلا برضاها ولا يجبر أحد الشريكين على واحدة منهما إن أباها بخلاف القرعة فإنه إذا طلبها أحدهما وأباها الآخر وطلب المهايأة أو المراضاة فإنه يجبر على القرعة من أباها .

(قوله فكالبيع) أي المغاير للمراضاة فاندفع ما يقال أن قسمة المراضاة بيع فتشبيهها به تشبيه للشيء بنفسه (قوله وأنها تكون فيما تماثل أو اختلف) أي فيجوز أن يأخذ أحدهما بقرة والآخر بقرة مثلها أو يأخذ أحدهما دارا والآخر دارا مثله أو يأخذ أحدهما حيوانا والآخر عقارا أو ثوبا أو قمحا (قوله وفي المثلي وغيره) ذكر ح أن محل جواز المراضاة في المكيل والموزون إذا كان كل منهما من أصناف كصبرتي قمح وفول وكل منهما مج هولة القدر يأخذ كل واحد من الشريكين واحدة **بالتراضي** ، وأما صنف واحد كصبرتي قمح كل واحدة مجهولة الكيل يأخذ كل واحد من الشريكين واحدة منهما **بالتراضي** فلا يجوز قال عبق ومحل عدم الجواز إذا وقع القسم جزافا بلا تحر أو بتحر في المكيل للغرور والمخاطرة ، وأما بتحر في الموزون فيجوز وأولى مع الوزن أو الكيل بالفعل (قوله إذا لم يدخلا مقوما) أي فإن أدخلا مقوما رد فيها بالغبن إلحاقا لها بالقرعة ما لم يطل الزمان وإلا فلا رد (قوله وقد يتسامح فيها ما." (٢)

"(قوله وأجره) أي أجرته (قوله أي على عدد الشركاء) أي مفضوضة على عدد الشركاء (قوله وكذا أجرة الكاتب والمقوم) أي مفضوضة على عدد الرءوس لا على قدر الأنصباء (قوله وكره أخذ الأجرة إلخ) في بن تقييد الكراهة بمن

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٤/٥٠

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/١٤٤

كان مقاما من طرف القاضي للقسمة أما من استأجره الشركاء على القسم لهم فلا كراهة في أخذه الأجرة (قوله ممن قسم لهم) أي سواء كانوا أيتاما أم لا (قوله وكذا إذا كان الأخذ مطلقا) أي إن محل الأقسام الأربعة المذكورة حيث كان لا يأخذ إلا إذا قسم بالفعل فإن كان يأخذ مطلقا كالمسمى في زماننا بالقسام حرم أخذه مطلقا كان المال لأيتام أو لكبار كان له أجر في بيت المال على القسم أم لا ، فالصور ثمان : الحرمة في ست ، والكراهة في اثنتين (قوله والمراد بغيره المقومات) أي كالثياب والحيوان (قوله بالقيمة) أي فتقوم الدور أو الجهات في الدار أو الحيوان أو الثياب ويجعل أقسام ا بقدر عدد الرءوس كما يأتي ، وهذا في قسمة القرعة وكذا في قسمة المراضاة إن أدخلا مقوما فتقوم الدور أو جهات الدار وكذا الثياب والحيوان ويأخذ كل واحد دارا أو جهة أو ثوبا أو حيوانا **بالتراضي** فقول المصنف وقسم العقار وغيره بالقيمة جار في قسمة القرعة والمراضاة إن أدخلا مقوما (قوله لا بالعدد) أي في الثياب والحيوان وقوله ولا بالمساحة أي في العقار كالأرض والدور (قوله حيث اختلفت أجزاء المقسوم) أي في القيمة (قوله فإن اتفقت) أي أجزاء المقسوم في القيمة بأن كانت الدور." (١)

"جوازه إلا **بالتراضي** ؛ لأنهما كالشيئين المختلفين (تأويلان وأفرد كل صنف كتفاح) عن غيره من شجر خوخ ونخل ورمان فكل صنف يفرد في قسمة القرعة عن غيره ويقسم على حدته (إن احتمل) وإلا ضم لغيره (إلا كحائط فيه شجر مختلفة) مختلطة فلا يفرد بل يقسم ما فيه بالقيمة للضرورة ويجمع لكل واحد حظه في مكان واحد ولا يضر ما يحصل له فيه من أصناف الشجر (أو أرض بشجر) أي معه أو ملتبسة به وأرض بالجر عطف على حائط ولو حذف الكاف ونصبهما كان أحسن (متفرقة) يعني فيها شجر متفرق فإنها تقسم مع شجرها بالقيمة إذ لو قسمت الأرض على حدة والأشجار على حدة ربما صار كل واحد شجره في أرض صاحبه ، وأما غير المتفرقة فلا يتوهم فيه إفراد الأرض عن الشجر بل المنظور له الشجر والأرض تبع ، وهو معنى قوله وأفرد كل صنف كتفاح إلخ ". (٢)

"للأرض وما مشى عليه المصنف من جمع البعل مع السيح في القسم بالقرعة أحد طريقتين مرجحتين والأخرى عدم جمعهما انظر بن (قوله ؛ لأن زكاته) أي زكاة ما يخرج منها (قوله كغيرها) أي مما لا يحتمل القسم من أنواع العقار (قوله ؛ لأن لها مزيد شرف) أي بسكنى مورثهم ولذا قيد ابن حبيب بكون المورث له شرف وحرمة (قوله ، وهو الأرجح) أي ؛ لأنه تأويل الأكثر .

وأما الأول فهو تأويل فضل ، ولابن حبيب قول آخر مثل الأول إن كان المورث له فضل وحرمة وجعله بعضهم تأويلا ثالثا ونص ابن عرفة وهل الدار المعروفة بسكنى الميت كغيرها أي في إجابة من طلب جمعها مع غيرها ثالثها إن لم يكن الميت شريفا لها به حرمة لابن أبي زمنين مع قول أكثر مختصريها وفضل وابن حبيب (قوله وفي جواز جمع) أي هل

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/١٥١

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/١٥٦

يجوز أن يجمع بينهما في القسم بالقرعة بأن يجعل هذا قسما ، وهذا قسما وترمى القرعة فكل من جاءت عليه قرعته أخذه أو لـا يجوز جمعهما في القسم بالقرعة بل يقسم كل واحد على حدته (قوله وعدم جوازه) أي وعدم جواز جمعهما في القرعة وقوله إلا **بالتراضي** استثناء منقطع أي لكن يجوز الجمع بينهما في المراضاة وقوله ؛ لأنهما كالشيئين إلخ أي ولا يجوز الجمع بين مختلفين في قسمة القرعة (قوله تأويلان) أي في جواز جمعهما في القرعة وعدم جواز جمعهما .

وأما جمعهما في **التراضي** بأن يتراضيا على أن أحدهما يأخذ الأعلى والآخر يأخذ الأسفل فهو جائز اتفاقا (قوله كل صنف) هو." (١)

"بالتنوين والكاف في قوله كتفاح بمعنى مثل صفة لصنف ، وهذا الذي أفاده المصنف هنا قدر زائد على ما تقدم من إفادة أن كل نوع من أنواع العقار يفرد عن غيره فالأشجار تفرد عن البناء وعن الأرض وما هنا أفاد أن أصناف الأشجار يفرد كل صنف منها عن غيره فإذا كان في الحائط أصناف من الشجر وكان كل صنف منها منفردا على حدته في الحائط فإنه يقسم وحده إن احتمل القسم بأن حصل لكل وارث شجرة كاملة فأكثر من ذلك الصنف ولا يضم صنف لصنف آخر قال عبق واعلم أن إفراد كل صنف من الشجر ومن الدور عند فقد شرط الجمع حق لله فليس لهما **التراضي** على خلافه كذا يظهر (قوله مختلفة) أي مختلفة الأصناف (قوله يقسم ما فيه) أي من الأصناف بالقرعة (قوله للضرورة) هذا جواب عما يقال كيف جازت القرعة هنا أي في الأشجار المختلفة مع أنها لا تدخل في صنفين (قوله أي معه أو ملتبسة إلخ) أشار إلى أن الباء إما للمصاحبة أو لـلملابسة ومتفرقة صفة الشجر لا لأرض إذ هي واحدة والشجر مفرق فيها وحينئذ فلا قلب في الكلام كما ادعاه عبق أي أو شجر متفرق في أرض وحاصله أن الأرض إذا كان فيها شجر مفرق فإنها تقسم مع شجرها بالقرعة وتعدل بالقيمة ا هـ .

وفي عبق لم يتعرض المصنف للحبوب بناء على أنها تقسم بالقرعة وفي الطرر القطاني أصناف لا تجمع في القسم أي بل يقسم كل صنف منها على حدته أو يباع ويقسم ثمنه." (٢)

"، وهو كذلك وحينئذ فيقسم **بالتراضي**." (٣)

"(قوله وفي تأخير الوصية) أي في تأخير تنفيذها وقوله كالتركة أي كقسم التركة (قوله قولان) أي على القول بتعجيل إنفاذ الوصية فإن تلفت بقية التركة بعد تعجيل الوصية وقبل الوضع رجع الورثة على الموصى لهم بثلثي ما بأيديهم مراعاة للقول الآخر (قوله وإلا عجلت كالدين اتفاقا) الحق أن الخلاف في الوصية مطلقا سواء كانت بعدد أو بجزء كما في بن فانظره (قوله وقسم) أي بقرعة أو بتراض وقوله أب أي مسلم وإلا فلا إذ لا ولاية للكافر على المسلم وقوله

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/١٥٨

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/١٥٩

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/٢٠١

أو وصي أي ولو أما بشرط كونه مسلما أيضا والمراد بالوصي ولو حكما فيدخل مقدم القاضي (قوله وملتقط) اسم فاعل يقسم عن ملتقطه بالفتح المشارك لغيره فيما وهب له (قوله فليس له) أي للصغير الذي قسم عنه أبوه أو وصيه أو ملتقطه أو الحاكم كلام إذا بلغ رشيدا (قوله شرطة) أي علامة تميزه في لبسه (قوله فليس له أن يقسم عن غيره) أي من صغير أو غائب اللهم إلا بأمر القاضي (قوله أو ذي كنف) هو الكافل تطوعا (قوله قل أو كثر) تقدم في الحجر أن الحاضن يبيع القليل والظاهر أن قسم القليل كبيعه ، وهو الذي رجحه ابن سهل كما في المواق عنه ا هـ .

بن (قوله والآخر أخرى) هذا لفظها وقد استشكل بأن القسمة إن كانت قرعة كما هو مقتضى التعادل فلا تدخل في النوعين ولا يشترط فيها **التراضي** ، وإن كانت مراضاة فلا يشترط فيها التعادل وأجاب ابن يونس باختيار الأول ودخلت في النوعين للقلة ولم يجبر عليها." (١)

"إما تعجيل جميع الأجر إن كان يسيرا أو اليسير منه إن كان كثيرا ، وإما الشروع فقوله : (وإلا) يكن الأجر معينا ، ولم يشترط تعجيله ، ولم يجر به عرف ، ولم تكن المنافع مضمونة معناه لم يجب تعجيله ، وإذا لم يجب (فمياومة) كلما استوفى منفعة يوم أي قطعة من الزمن معينة أو تمكن من استيفائها لزمه أجرته ، وهذا في غير الصانع والأجير ، ومحله أيضا عند المشاحة ، وأما عند **التراضي** فيجوز تعجيل الجميع وتأخيره فإن اشترط التعجيل أو جرى به عرف عجل كما مر ، وأما الصانع والأجير فليس لهما أجرة إلا بعد التمام ففي المدونة .

وإذا أراد الصناع والأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب الشيء حملوا على المتعارف بين الناس فإن لم يكن لهم سنة لم يقض لهم بشيء إلا بعد الفراغ ، وأما في الأكرية في دار أو راحلة أو في إجارة بيع السلع ونحوه فبقدر ما مضى ، وليس لخياط خاط نصف القميص أخذ نصف أجرته إذا لم يأخذه على ذلك بل حتى يتمه .

ا هـ .

والفرق بين الأجير والصانع أن بائع منفعة يده إن كان لا يحوز ما فيه عمله كالبناء والنجار فهو أجير وإن كان يحوزه فإن كان لم يخرج فيه شيئا من عنده كالخياط والحداد والصائغ فصانع ، وإن كان يخرج فيه شيئا من عنده كالصباغ فبائع صانع .

". (٢)

"أمرين إما تعجيل جميع الأجرة أو الشروع في تحصيل المنفعة وإلا فسدت ، وهو ما أشار له المصنف بقوله ، ومضمونة لم يشرع .

(قوله : ولم تكن المنافع مضمونة) أي لم يشرع فيها بأن كانت معينة أو مضمونة شرع فيها (قوله : وهذا في غير الصانع والأجير) أي بل في كراء العقار والرواحل والآدمي للخدمة والأواني (قوله : فيجوز تعجيل الجميع إلخ) محل

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/٢١٨

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/٣٧٦

جواز التقديم والتأخير في المنافع المعينة عند **التراضي** كما قال ح أن يشرع في العمل أو يتأخر الشروع نحو العشرة الأيام فإن طال ذلك لم يجز تقديم الأجرة ثم نقل كلام ابن رشد والمدونة ، وأبي الحسن عليها المفيد لذلك فانظره . ا هـ بن .

(قوله : فإن لم يكن لهم سنة لم يقض لهم بشيء إلخ) ما ذكره من أن الصناع والأجراء لم يقض لهم إلا بعد الفراغ محله إن بقي على التمام للزوم العقد فإن تقايلا قبل تمامه كان له بحساب ما عمل (قوله : أو في إجارة بيع السلع) أي الإجارة على بيعها كما لو استأجره على السمسرة عليها ثلاثة أيام مثلا بدينار (قوله : فبقدر ما مضى) أي فيستحق من الأجرة بقدر ما مضى من الزمان ، وهذا هو معنى قول المصنف ، وإلا فمياومة (قوله : والفرق بين الأجير) أي الفرق بين حقيقتهما .." (١)

"تخالفا في استصناع مثلي ليشمل الملتوت وغيره كطحن قمح وعصر زيتون ونحو ذلك كان أنسب ثم ذكر ثلاث مسائل في اختلاف الجمال والمكتري الأولى في قبض الأجرة وعدمه .

الثانية في المسافة فقط .

الثالثة فيهما وبدأ بالأولى فقال (و) القول (له) أي للأجير المتقدم ذكره (وللجمال) ونحوه أي رب الدابة (بيمين) من كل (في عدم قبض الأجرة ، وإن بلغا الغاية) زمانية أو مكانية أي التي تعاقدا إليها أي إلا لعرف بتعجيلها أو كانت معينة ودعواه تؤدي للفساد ودعوى المكتري للصحة قياسا على ما مر في البيع في قوله ، وفي قبض الثمن أو السلعة فالأصل بقاؤهما إلا لعرف إلخ (إلا لطول) بعد تسليم الجمال الأمتعة لربها (ف) القول (لمكتريه بيمين) لا قبل تسليمها فالقول للجمال ، ولو طال ويعتبر الطول بالعرف وقيل ما زاد على اليومين بعد تسليم الأحمال لربها الذي هو المكتري .

ثم ذكر اختلافهما في المسافة فـقط بقوله (وإن) اختلفا في المسافة واتفقا على قدر الأجرة بأن (قال) الجمال (بمائة لبرقة وقال) المكتري (بل) بها (لإفريقية) تخفيف الياء أكثر من تشديدها وهي متى أطلقت في المدونة فالمراد مدينة القيروان أي المدينة المعلومة ، وهي أبعد من برقة ، ولم يذكر المبدأ لاتفاقهما عليه كمصر (حلفا) وبدأ الجمال ؛ لأنه بائع (وفسخ) بالحكم أو **التراضي** (إن عدم السير) من أصله (أو قل) بحيث لا ضرر على الجمال في رجوعه ، ولا على رب الأحمال في طرحها (وإن نقد) مبالغة في." (٢)

"(قوله : ولما قدم إلخ) أشار بهذا الدخول إلى عدم معارضة قوله وجاز صلحه إلخ لقوله فيما مر ، فالقود عينا وذلك ؛ لأن ما هنا مع تراضيهما أي الجاني وولي الدم وتعين القود فيما مر عند عدم **التراضي** (قوله : أن العمد لا عقل فيه) أي سواء كان قتلا ، أو جرحا ، وإنما يتعين فيه القود أي إذا لم يكن الجرح من المتالف ، وإلا فلا قود فيه

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٨١/١٥

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٢٧/١٦

بل في الدية كالآمة ، والدامغة ومنقلة الرأس كما مر (قوله : وجاز صلحه) من إضافة المصدر لفاعله أي جاز أن يصالح الجاني ولي الدم ، أو المجروح في جناية العمد بأقل إلخ (قوله : وقد قدم هذا إلخ) أي وحينئذ فما هنا تكرار مع ما تقدم له في باب الصلح .

.

(تنبيه) لو صالح الجاني ولي الدم على شيء بشرط أن يرحل من البلد ولا يعود إليها أصلا ، أو بعد مدة فأقوال ابن كنانة الشرط باطل ، والصلح جائز وقال ابن القاسم لا يجوز الصلح وينقض ويرجع الدية كاملة وقال ابن نافع ينقض الصلح ويقتص وقال المغيرة الشرط جائز ، والصلح لازم وكان سحنون يعجبه قول المغيرة ويراه حسنا فإن التزم القاتل أنه إن عاد للبلد فلهم القود ، أو الدية كان لهم ذلك انظر البدر القرافي (قوله : مال في الذمة) أي ، فهو دين (قوله : فلا يجوز أخذ ذهب) أي مؤجل عن ورق ، وكذا يقال في العكس (قوله : ولا أحدهما) أي ولا يجوز أخذ أحدهما أي الذهب ، أو الورق حال كونه مؤجلا عن إبل ومثل أخذ أحدهما مؤجلا أخذ عرض مؤجل عن إبل (قوله : ويدخل في الصلح بأقل من الدية ضع." (١)

"قوله : [كل منهم صالح للإمامة] : أي بأن لا يكون بأحدهم نقص منع أو كره .

فإن كان فيهم نقص منع أو كره فلا حق لهم في التقدم ، إلا السلطان ورب المنزل ؛ فلا يسقط حقهما وندب لهما الاستخلاف وعدم إهمال الأمر لغيرهما إذا كان النقص غير كفر وجنون ، وإلا فلا حق لهما أصلا .

قوله : [لأنه مالك لمنافعه] : أي ولخبرته بطهارة المكان .

والندب في هذه الأمور لا ينافي القضاء عند التنازع ، ومثل المستأجر كل من ملك المنفعة بإعارة أو عمرى أو وقف .

قوله : [واستخلفت] : أي ندبا وقيل وجوبا ، والحق أن الخلف لفظي ؛ لأن من قال وجوبا مراده أنها لا تباشر الإمامة بنفسها ، ومن قال ندبا مراده أنها لا تترك للقوم هملا .

قوله : [أولى من التعبير بثم] : أي للاختصار .

والمقصود مطلق الترتيب وهو مستفاد بكل ، وذكره الأب والعم هنا عقب رب المنزل هو الأولى خلافا لما مشى عليه خليل من تأخيرهما ، فإنه م عترض ، وتقديم الأب والعم الابن وابن الأخ عند المشاحة .

وأما عند التراضي فالابن أو ابن الأخ الزائد في الفضل أولى .

قوله : [فزائد فقه] إلخ : أي لأنه أدرى بأحوال الصلاة فيقدم ؛ وإن كان غيره أعلى منه رتبة ، كعلماء الحديث والتفسير

.

قوله : [أي أوسع رواية] إلخ : واسع الرواية : هو المتلقي كثيرا من كتب الحديث سواء حفظ ما تلقاه أم لا ، وواسع الحفظ هو الذي يحفظ كثيرا من الأحاديث .

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٤٣/١٨

قوله : [أو أقوى من غيره] إلخ : أي ويقدم الأحسن تجويدا ولو كان أقل حفظا .

قوله : [."(1)

"تمييز حق **بالتراضي** ، لأنها بيع ، ويجوز بيعها في دين على الميت ما لم تذبح .." (2)

"صداقا إن لم يأخذ في السياق ، وقول خليل لا كمحرم أشرف في محترزات شروط البيع يأتي أنه ضعيف .

قوله : [وكآلة لهو] : أي فلا يصح دفعها صداقا إن لم يكن جوهرها بقطع النظر عن كونها للهو يساوي أقل الصداق وإلا أجزأ .

قوله : [ويرجع للدية] : أي للزوم العفو بمجرد **التراضي** على جعله صداقا قوله : [ليكون سمسارا] إلخ : أي وأما لو جعلت له شيئا يساوي ربع دينار في نظير السمسرة فاستحقه فله جعله صداقا .

قوله : [فيغتفر] : أي وإن لم توجد شروط البيع التي اشترطت في بيع الثمر قبل بدو صلاحه وهي ثلاثة إن نفع واضطر له ولم يتمالئوا عليه .

قوله : [أو بينه ولم يبين الأجل] : أي وأما لو بينه والأجل ولم يبين السكة ، وكانت السكة متعددة فإنها تعطى من السكة الغالبة يوم العقد ، فإن تساوت أخذت من جميعها بالسوية كمتزوج برقيق لم يذكر أحمر ولا أسود .

قوله : [تختاره هي] : أي أنه يجوز أن يقول لها أتزوجك بعبد تختارينه إذا كان لذلك الزوج عبيد مملوكة له ، وكانت معينة حاضرة أو غائبة ، ووصفت كما يجوز أن يقول للمشتري أبيعك على البت عبدا تختاره أنت بكذا بالشروط المذكورة .

قوله : [لأنه لا يدرى] : أي ولا يقال يتعين أن يختار الأدنى لجواز أن يختار الأعلى لعلو همته مثلا فجاء الغرر .

إن قلت إن الغرر موجود في كلتا الحالتين ، والغالب أن كلا يختار الأحظ لنفسه فهي تختار الأعلى وهو يختار الأدنى ، فالتفرقة بينهما تحكم ولكن الفقه مسلم .

قوله :." (3)

"ثم شرع يتكلم على تشطر الصداق وما ألحق به بالطلاق في النكاح الصحيح قبل الدخول فقال : (وتشطر هو) : أي الصداق في نكاح التسمية أو التفويض إذا فرض صداق المثل أو ما رضيت به قبل الدخول .

ومعنى تشطر : تنصف (و) تشطر (مزيد) لها على الصداق ، وأبرز الضمير بقوله : " هو " لأجل عطف مزيد على الضمير المتصل في " تشطر " .

قال في الألفية : وإن على ضمير رفع متصل عطفت فافصل بالضمير المنفصل .

---

(1) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢/٢٧٣

(2) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٤/٨٧

(3) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٥/٨٠

إلى آخره (له) : أي لأجل الصداق (بعد العقد) متعلق ب " مزيد " ، أي أن ما يزيد على الصداق بعد العقد على أنه من الصداق ، فإنه يتشطر كالصداق .

ومعنى زيادته على أنه من الصداق بأن يقال له : ما جعلته من الصداق ووقع عليه **التراضي** هو قليل بالنسبة للزوجة ، أو تقوم قرينة على ذلك فيزيدها شيئا عليه ، سواء كان من جنسه أو غير جنسه كان مؤجلا بأجله أم لا .

وإذا كان المزيد بعد العقد يتشطر فأولى المزيد في العقد أو قبله لأنه لا يتوهم فيه أنه ليس بصداق .

وأشعر لفظ " مزيد " أنه من الصداق لأن المزيد على الشيء من ذلك الشيء ، فقوله له : " أي لأجل الصداق " زيادة توكيد في البيان .

فالمزيد غير الهدية ، وأما الهدية من نحو فواكه وحلوى وسكر وبن وخمار وعمامة ، فإن وقعت حال العقد أو قبله تشطرت ، سواء كانت لها أو لوليها أو لغيرهما كأمها وأختها وخالها ، ومن ذلك الخاتم الذي يرسله لها قبل العقد وبعد الخطبة ، وسواء اشترطت أو لم تشترط .

خلافا لظاهر كلام الشيخ ، وإن." (١)

"وإن لم تحصل مفارقة .

فإن رضي آخذ المعيب مجانا صح الصرف في الجميع ، إلا في نقص العدد فليس له الرضا به مجانا على المشهور .

ولا بد من نقض الصرف فيه سواء قام بحقه فيه وطلب البدل أو رضي مجانا .

وألحق اللخمي به نقص الوزن فيما إذا كان التعامل بها وزنا ؛ فلذلك قال الشارح : أي نقص العدد أو الوزن ويقيد بما إذا كان التعامل بها وزنا فقط أو وزنا وعددا .

قوله : [صح الصرف] : أي ولا يجوز **التراضي** على البدل إلا في المغشوش المعين من الجهتين كذا الدينار بهذه العشرة دراهم ففيه طريقتان : الأولى : إجازة البدل ولا ينتقض الصرف ؛ لأنهما لم يفترقا وفي ذمة أحدهما للآخر شيء ولم يزل المعين مقبوضا لوقت البدل ، فلم يلزم على البدل صرف مؤخر ، بخلاف غير المعين فيفترقان وذمة أحدهما مشغولة لصاحبه ففي البدل صرف مؤخر .

والطريقة الثانية : أن المغشوش المعين فيه قولان : المشهور منهما نقض الصرف وعدم إجازة البدل .

قوله : [فإنه ينقض بعد الطول مطلقا] : والفرق بين النقص وغيره حيث قلتم إن النقص يوجب نقض الصرف عند الطول مطلقا وغيره إن رضي به مجانا فلا ينقض أن الناقص لم يقبض لا حسا ولا معنى بخلاف غيره فقد قبض حسا .

قوله : [وحيث نقض] : أي جبرا أو بغير جبر .

قوله : [فالأكبر هو الذي ينقض] : أي ولا ينقض الأصغر وقطعة من الأكبر في نظير ما زاد على الأصغر ؛ لأن الدنانير

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ١٢٨/٥

المضروبة لا يجوز كسرها لهذا المعنى ؛ لأنه من الفساد في الأرض .

قوله : [فآخر] : أي." (١)

"باب في بيان القرض وأحكامه وهو المسمى في العرف : بالسلف .

(القرض) بفتح القاف : أي حقيقته الشرعية : (إعطاء متمول) من مثلي أو حيوان أو عرض (في) نظير (عوض متماثل) : صفة وقدرا للمعطى بالفتح كائن ذلك العوض (في الذمة) : أي ذمة المعطى له (لنفع المعطى) بالفتح : أي المعطى له (فقط) : لا نفع المعطي بالكسر ولا هما معا ، وإلا كان من الربا المجمع على تحريمه .

وخرج البيع والسلم والإعارة والإجارة والشركة والهبة والصدقة .

(وهو مندوب) : لأنه من التعاون على البر والمعروف .

(وإنما يقرض) بضم حرف المضارعة وفتح الراء مبني للمفعول : وإنما يجوز أن يقرض (ما) : أي شيء أو الشيء الذي (يسلم) : أي يصح السلم (فيه) : من حيوان وعرض ومثلي ، لا ما لا يسلم فيه كدار وأرض وحانوت وخان وحمام وتراب معدن وصائغ وجوهر نفيس يندر وجوده وجزاف (لا جارية تحل للمقترض) : فلا يجوز قرضها لما فيه من إعارة الفروج ، بخلاف ما لا تحل له كعمة وخالة أو كان المقترض امرأة فيجوز .

(وردت) وجوبا إن أقرضها لمن تحل (إلا أن تفوت) عنده (بوطء أو غيبة) عليها (ظن وطؤها فيها ، أو تغير ذات) : أو حوالة سوق (فالقيمة) تلزم المقترض (لا المثل) ولا يجوز التراضي على ردها إن وطئها أو غاب عليها غيبة يظن بها الوطء ، وجاز إن فاتت بحوالة سوق ونحوه .

". (٢)

"قوله : [ولما كان يترتب على هذا الحجر أمور] إلخ : اسم كان ضمير الشأن والجملة خبرها و " أمور " فاعل يترتب .

قوله : [منعه من التصرف المالي] : أي بعوض أو بغيره .

قوله : [وحلول المؤجل عليه] : أي وأما المؤجل له فلا يحل إلا في بعض الصور كما سيأتي .

قوله : [كان يتسلف شيئا في ذمته] إلخ : أمثلة للتصرف في الذمة .

قوله : [فلا يمنع] : أي فلا يمنع من ذلك .

وإن تحصل شيء في تصرف ذمته ودينهم باق عليه فلهم منعه مما بقي بعد وفاء الدين الذي في الذمة حتى يوفيهم دينهم .

قوله : [أو غيرها] : معطوف على مهر مسلط عليه دين كأن يكون لأخيها مثلا عليه دين فيحطه عنه في نظير الخلع ولو قال أو غيره ويكون المعنى أو تحط عنه دين مهرها أو دين غيره لكان أوضح .

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢٧٦/٦

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ١٨٠/٧

قوله : [وأما المرأة المفلسة] إلخ : هذا مرتب على محذوف تقديره ما تقدم لك من جواز المخالعة مفروض في فلس الرجل المخالع وأما الم رأة إلخ .

قوله : [فليس لها الخلع] : أي لأنه تصرف مالي وهي ممنوعة منه .

قوله : [لأن لها المحاصصة بمهرها] : أي لحلول المؤجل وإن لم يطلق وأيضا يخفف عنه أمر النفقة .

قوله : [ولا يلزمه العفو على مال] : أي لأن الواجب فيه على مذهب ابن القاسم إما القصاص أو العفو مجانا وليس للمجني عليه أو عاقلته إلزام الجاني بالدية نعم لهم التراضي عليها ، وأما على مذهب أشهب القائل : إن المجني عليه يخير بين الدية والقود والعفو مجانا ، فمقتضاه أن للغرماء منعه." (١)

"قوله : [فيدخل فيه الأول والآخر] : يصح قراءتهما بالإفراد أي الفريق الأول والفريق الآخر وبالجمع أي أرباب الدين الأول وأرباب الدين الآخر .

قوله : [إلا إذا تجدد له مال بلا أصل معاملة] : مثل ذلك ما لو فضل بيد المفلس عن دين الآخرين فضلة فيتحاصص فيها الأولون كما لو كانت السلع عند المفلس وقت التفليس قيمتها أقل من الدين لكسادها ثم بعد التفليس حصل فيها رواج وصارت أكثر من الدين .

قوله : [بأن كان الدين الذي عليه عرض أو مثلي] : هكذا نسخة المؤلف برفع " عرض " على أن كان تامة .

و " عرض " بدل من الدين .

وقوله : " أو مثلي " معطوف عليه .

قوله : [ويشترى بالخمسين الأخرى] : أي التي خصت من له العرض في الحصاص ، فإن وفت نصف دينه فالأمر ظاهر ، وإن وفت دينه كله لحصول رخص في العرض فاز به وصار لا شيء له قبل المفلس ، وإن وفت دون منابه في الحصاص لحصول غلو في العروض تقرر له ما بقي في ذمة المفلس .

وهذا معنى قول خليل : " ومضى إن رخص أو غلا " ، فمعنى مضيه : أنه لا يرجع على الغرماء إن حصل غلاء في العروض ولا يرجعون عليه إن حصل رخص - فتأمل .

قوله : [وجاز لرب الدين] إلخ : أي عند التراضي وأما عند المشاحة فقد سبق أنه يشترى له صفة طعام أو مثل عرضه بما نابه في الحصاص .

قوله : [إلا لمانع] هذا مبني على أن التفليس لا يرفع التهمة ، وقيل إنه يرفعها فيجوز في التفليس ما لا يجوز في الاقتضاء - ابن عرفة .

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢٨٦/٧

وهما روايتان كذا في بن .

وحاصله : أنه يجوز القضاء." (١)

"عن العين وهو يكون بأدنى شيء ، والنقل فيما تقدم عن الجنس ولا يكون إلا بأقوى شيء ، فلا تلازم بين البابين .

قوله : [وذبح لحيوان] : أي ولا يجوز التراضي على أخذه بعد الذبح لما فيه من القضاء عن الحيوان بلحم من جنسه وكذا أخذ السمن غير الزبد وكذا التراضي على التمر بدل الرطب والدقيق بدل القمح ، فيمنع جميع ما ذكر لما فيه من القضاء على ثمن الطعام طعاما من جنسه ، وهو لا يجوز بخلاف التراضي على أخذ الثوب بدل الشقة والباب بدل الخشبة فجائز .

قوله : [ولو قال أخذه كان أوضح] : ومثل ذلك يقال في قوله : بخلاف تعيينها ولهيئتها ونقصها ، ولكنه أنث في هذه المواضع نظرا لذات الشيء .

قوله : [ولو كان المشتري أخذ أرشا] : استشكل بأنه لا يدفع أرش جرح إلا بعد البرء على شين وحينئذ ، فلا يتصور الأرش وإذا عاد لهيئته .

وقد يجاب بأنه يتصور في الجراحات الأربعة ؛ فإن فيها ما قرره الشارع سواء برئت على شين أم لا .

والفرق بين جناية المشتري والأجنبي حيث جعلتم الخيار للبائع في جناية المشتري عاد المبيع لهيئته أم لا .

وأما في الأجنبي فالخيار له على الوجه المذكور إذا عاد المبيع لهيئته فقط أن جناية المشتري حاصلة على ما في ملكه فليس فيها تعد فأشبهت السماوي بخلاف جناية الأجنبي .." (٢)

"ما ينافي الإذن حتى تمت العمارة .

والسادس : أن يسكتوا حين العمارة عالمين بها سواء استأذنهم أم وحكمهما كالتي قبلهما .

والسابع : أن يأذنوا له في العمارة ثم يمنعاه بعد ذلك ، فإن كان المنع قبل شراء المؤن التي يعمر بها ثم عمر فإنه يرجع في الغلة وإن كان بعد شراء المؤن رجع عليهم في ذمتهم ولا عبرة بمنعهم له .

تنبيه : يقضى بالإذن في دخول جاره في بيته لإصلاح جدار من جهته ونحوه ؛ كغرز خشبة أو أخذ ثوب سقط أو دابة دخلت .

ويقضي أيضا بقسمة الجدار إن طلبت .

وصفة القسمة عند ابن القاسم : أن يقسم طولا من المشرق إلى المغرب مثلا ، فإذا كان طوله عشرين ذراعا من المشرق إلى المغرب في عرض شبرين مثلا أخذ كل واحد عشرة أذرع بالقرعة ، ولا يقسم عرضا بأن يأخذ كل واحد منهما شبرا

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٠٦/٧

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٣٣/٧

من الجانب الذي يليه بطول العشرين ذراعا بأن يشق نصفه كما رأى عيسى بن دينار ؛ فإن ذلك فساد إن كان بالقرعة .

وأما **ب ا لتراضي** فيجوز طولا أو عرضا إذا تراضوا على أن كل واحد يأخذ نصيبه من جهته ويقضى على الجار أيضا بإعادة جداره الساتر لغيره إن هدمه ضررا إلا لإصلاح أو هدم بنفسه فلا يقضى على صاحبه بإعادته ، ويقال للجار استر على نفسك إن شئت .." (١)

"قوله : [إلا إذا أدخلا مقوما] : أي فإن أدخلا مقوما رد فيها بالغبن إلحاقا لها بالقرعة ما لم يطل الزمان ، وإلا فلا رد .

قوله : [وقد يتسامح فيها ما لا يتسامح في البيع] : أي ولذلك شبهها بالبيع ولم يطلق عليها بيعا حقيقة .

وقوله : [كما يؤخذ مما يأتي] : أي في مسائل الباب التي ذكرها خليل وشراحه ، وإن لم يصرح بها شارحنا ؛ كجواز قسم القفيز ليأخذ أحدهما ثلثيه والآخر ثلثه **بالتراضي** منهما ، فلو كانت بيعا حقيقة لما جاز ذلك وأيضا يجوز فيها قسمة ما أصله أن يباع مكيلا كصبرة قمح مع ما أصله أن يباع جزافا كفدان من أرض مع خروج كل منهما عن أصله ، ويجوز قسم ما زاد غلته على الثلث على أحد القولين ولم يجيزوا بيعه .

قوله : [إن كان حاضرا] إلخ : أي إلى آخر شروط بيع الدين ، وهي كما قاله المصنف فيما تقدم : وشرط بيع الدين : حضور المدين ، وإقراره ، وتعجيل الثمن ، وكونه من غير جنسه أو بجنسه واتحد قدرا وصفة ، وليس ذهبا بفضة ، وعكسه ولا طعام معاوضة (ا هـ) .

قوله : [وكذا التي قبلها] : أي وهي أخذ أحدهما عرضا والآخر دينا .

قوله : [أي خيار أحدهما أو خيارهما] : أخذ التعميم من إضافة خيار للضمير ، والضمير عائد على الأحد الدائر .

قوله : [من عقار وغيره] : أي وتقدم أنها في العقار منتهاها ستة وثلاثون يوما وفي الرقيق عشرة وفي العروض خمسة كالدواب إلا ركوبها في البلد فاليومان وخارجه فالبريدان .

قوله : [ومما يعد رضا] : أي لقول المصنف فيما تقدم : وانقطع ، بما." (٢)

"دل على الإمضاء أو الرد وبمضي زمنه ، فيلزم المبيع من هو بيده ، وله الرد في كالغد ولا يقبل منه بعده أنه اختار أو رد إلا ببينة ؛ فالكتابة والتدبير والتزويج والتلذذ والرهن والبيع والتسوق والوسم وتعمد الجناية والإجارة من المشتري رضا ومن البائع رد ، إلا الإجارة (ا هـ) .

قوله : [يجوز في القرعة أيضا] أي بخلاف المسألتين قبلها .

قوله : [كخف ونعل] : أي يأخذ أحدهما فردة خف والآخر الفردة الأخرى والنعل كذلك ، وأدخلت الكاف المصراعين

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣١/٨

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٥١/٨

والقرطين ، بخلاف قسم الأم العاقلة من ولدها قبل الإثغار فلا يجوز التراضي على ذلك لا في البيع ولا في القسمة .." (١)

"قوله : [بموت مستحق] : إلخ : مثل ذلك من يتقرر في رزقه مرصدة آجرها مدة ومات قبل تقضيها فإن لمن يتقرر بعده فسخ إجارته ، ذكره القرافي ومثل موته فراغه عنها لإنسان فللمفروغ له إذا تقرر فيها فسخ إجارته ، وذلك لأن الإفراغ أسقط حق الأصلي ولا يثبت الحق للثاني إلا بتقرير من ولي الأمر ، فإن مات المفروغ له قبل المفرغ صارت محلولا .

قوله : [قول ابن شاس لا تنفسخ] : أي وهو ضعيف لأنه لا يعرف لغيره .

تنبيه : لا تنفسخ الإجارة بإقرار المالك للذات المؤجرة بأنه باعها أو وهبها أو أجرها لآخر قبل الإجارة المذكورة ونازعه المكتري لا بينة لاتهامه على نقضها ، ويلزمه الإقرار فيأخذها المقر له بعد انقضاء المدة وله الأكثر من المسمى الذي أكريت به ، كراء المثل على المقر .

وكذلك لا ينفسخ الكراء بتخلف رب دابة معينة أو غير معينة عقد عليها شخص لملاقاة رجل أو ليشيع بها رجلا فتخلف ربها عن الإتيان بها ، وإن فات ما يقصده ويرومه من التلقي أو التشييع إن لم يكن الزمن معينا ولم يكن حجا .

أما إن كان الزمن معينا كأكتري منك دابتك أركب عليها في هذا اليوم ، أو تخدمني أو تخيط لي في هذا اليوم ، أو قال : أحج عليها ، فلم يأت المكري بالشيء المكرى إلى أن انقضى ذلك الزمن المعين ، أو فات الحج فإن الكراء ينفسخ وليس للمكتري حينئذ التراضي مع المكري بالتمادي على الإجارة إذا نقده الكراء للزوم فسخ الدين في الدين كذا في الخرشي وغيره ، وكذلك لا." (٢)

"... المسألة الثانية : يجب أن يكون الوصف المعلّلُ الحكم به ظاهراً غير خفي لأنه إذا كان خفياً كان أشبه بالمغيب فلا يصح التعليل به وبناء القياس عليه ، ومثاله تعليل القصاص بالقتل العمد فيقول المعترض العمد قصد نفسي وهو خفي فلا يصح التعليل به ولكن يصح بدلاً منه ما يظن وجوده عنده وإن كان بطبعه خفياً ويُسمّى ((مِظنة)) كتعليلنا نقل الملك في العِوَضين بالتراضي بين المتبايعين وقد قال تعالى : ((إلا أن يكون تجارةً عن تراض منكم)) فإن الرضا وصف خفي لأنه من أحوال النفوس فلا يصح اعتباره علة بالاستقلال ولكن يعتبر بأمور ظاهرة تدل عليه كالإيجاب والقبول فإن قول البائع بعتُ دليل على رضاه بخروج المبيع من ملكه لقاء دخول الثمن في ماله وقول المشتري قبلتُ دليل على رضاه بخروج الثمن من ماله لقاء دخول المشترَى في ملكه ، ولما كان المعتبر عندنا وجود ما يدل على الرضا الذي هو المقصود في الأصل وكان الفعل أيضاً يدل على الرضا مثل دلالة القول عليه كالمعاطاة التي تحصل بين المتبايعين ذهب فقهاؤنا إلى أن البيع ليس من شروطه الصيغة اللفظية خلافاً للشافعية الذين لا يحكمون بانعقاد البيع إلا بالصيغة اللفظية الدالة على الإيجاب والقبول وأما الحنفية فيفرقون بين الأشياء المبيعة فيشترطون في النفيسة الصيغة

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٥٢/٨

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٥٦/٩

اللفظية ويكتفون في الحقيرة بالمعاطاة وهذا عندهم من الاستحسان ، ووجهه أن الصيغة أدل على الرضا من المعاطاة فيحسن أن يعتبر في الأشياء النفيسة ما هو أدل عليه صوناً للبيع من التعرض لإنكار حصول الرضا فيه .

... المسألة الثالثة : يجب أن يكون الوصف منضبطاً غير مضطرب أي أن الأشياء التي تتفاوت في نفسها كالمشقة تضعف وتقوى لذلك وجب ضبطها ليتأتى بناء الحكم عليها كالسفر مثلاً فإن الشارع رخص للمسافر في قصر الصلاة لمشقة السفر ، ولكن المشقة المعتبرة في السفر غير منضبطة لأن ه ا تتفاوت بطول السفر وقصره وكثرة الجهد وقلته." (١)

" يشترط ذكر آخر المدة ، بل يكفيه كل شهر أو سنة بكذا كالجزية والخراج ، وإن شرط من مال نفسه فوجهان أحدهما : هذا . والثاني : يشترط كالإجارة على غيره من الأعمال ، قال صاحب الذخائر : الفرق بين الرزق والأجرة أن الرزق أن يعطيه كفايته هو وعياله ، والأجرة ما يقع به **التراضي** ، وأما حديث عثمان بن أبي العاص أنه قال : آخر ما عهد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا رواه الترمذي وقال هو حديث حسن محمول على الندب . فرع : في مسائل تتعلق بالباب إحداها : قال أصحابنا رحمهم الله : يستحب أن يكون الأذان بقرب المسجد الثانية : يكره أن يخرج من المسجد بعد الأذان قبل أن يصلي إلا لعذر ، وقد سبقت هذه المسألة بدليلها في آخر باب ما يوجب الغسل ، وذكرها في هذا الباب جماعة من أصحابنا الثالثة : يستحب أن لا يكتفي أهل المساجد المتقاربة بأذان بعضهم ، بل يؤذن في كل مسجد واحد ذكره صاحب العدة وغيره الرابعة : قال البندنيجي وصاحب البيان : يستحب أن يقف المؤذن على أواخر الكلمات في الأذان لأنه روى موقوفا ، قال الهروي : وعوام الناس يقولون : الله أكبر بضم الراء وكان أبو العباس المبرد يفتح الراء فيقول الله أكبر الله أكبر ، الأولى مفتوحة ، والثانية ساكنة ، قال : لأن الأذان سمع موقوفا كقوله : حي على الصلاة ، حي على الفلاح فكان الأصل أن يقول : الله أكبر الله أكبر بإسكان الراء فحركت فتحة الألف من اسم الله تعالى في اللفظة الثانية لسكون الراء ففتحت كقوله تعالى : ﴿ الم الله لا إله إلا هو ﴾ وقال صاحب التتمة يجمع كل تكبيرتين بصوت لأنه خفيف ، وأما باقي الكلمات فيفرد كل كلمة بصوت ، وفي الإقامة يجمع كل كلمتين بصوت . الخامسة : قال البغوي : لو زاد في الأذان ذكرا أو زاد في عدد كلماته لم يبطل أذانه ، وهذا الذي قاله محمول على ما إذا لم يؤد إل ى اشتباهه بغير الأذان على السامعين . قال القاضي أبو الطيب وغيره : لو قال الله الأكبر بدل الله أكبر صح أذانه كما لو قاله في تكبيرة الإحرام تنعقد صلاته . السادسة : قال الشافعي في الأم : وواجب على الإمام أن يتفقد أحوال المؤذنين ليؤذنوا في أول الوقت ولا ينتظرهم بالإقامة ، وأن يأمرهم فيقيموا في الوقت ، هذا نصه قال أصحابنا : وقت الأذان منوط بنظر المؤذن لا يحتاج فيه إلى مراجعة الإمام ، ووقت الإقامة منوط بالإمام فلا يقيم المؤذن إلا بإشارته ، فلو أقام بغير اذنه فقد قال إمام الحرمين : في الإعتداد به تردد للأصحاب ولم يبين الراجح ، والظاهر ترجيح الإعتداد . السابعة : قال الشافعي في مختصر المزني : وترك الأذان

---

(١) الوجيز الميسر في أصول الفقه المالكي، ص/١٠٨

" (١)

" فرع : المال الغائب ، إن لم يقدر عليه لانقطاع الطريق أو انقطاع خبره ، فكالمغصوب وقيل : تجب الزكاة قطعا ولا يجب الإخراج بالاتفاق حتى يصل إليه ، وإن كان مقدورا عليه وجب إخراج زكاته في الحال ويخرجها في بلد المال ، وإن أخرجها في غيره ففيه خلاف نقل الزكاة المذكورة في قسم الصدقات . هذا إذا كان المال مستقرا في بلد فإن كان سائرا لا يخرج زكاته حتى يصله فإذا وصله زكى ما مضى بالاتفاق . وقد ذكر المصنف المسألة في باب زكاة الذهب والفضة وسنعيدها ولعله هناك إن شاء الله تعالى . فرع : إذا باع مالا زكويا قبل تمام الحول بشرط الخيار فتم في مدة الخيار ، أو اصطحبا في مدة خيار المجلس فتم فيها الحول ، بنى على أن ملك المبيع في مدة الخيار لمن فإن : قلنا للبائع فعليه زكاته وإن قلنا للمشتري فلا زكاة على البائع ، ويبتدىء المشتري حولا من وقت الشراء . وإن قلنا : موقوف ، فإن تم البيع كان ا لمشتري وإلا فللبائع وحكم الحالين ما سبق . هكذا ذكره الأصحاب ولم يتعرضوا للبناء المذكور . قال : إمام الحرمين : إلا صاحب التقريب فإنه قال : وجوب الزكاة على المشتري يخرج على القولين في المغصوب بل أولى لعدم استقرار الملك ، وهذا إذا كان الخيار لهما أما إذا كان للمشتري وحده ، وقلنا : الملك له فملكه ملك زكاة ، زكاة بلا خلاف لكمال ملكه وعلى قياس هذه الطريقة يجري الخلاف في جانب البائع أيضا إذا قلنا الملك له وكان الخيار للمشتري وقد حكى البندنيجي طريقة صاحب التقريب عن بعض الأصحاب ، قال أصحابنا : فإن كانت الزكاة على البائع فأخرجها من موضع آخر استقر البيع ولا خيار للمشتري وإن أخرجها من عين المبيع بطل البيع في قدرها ، وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة ، وإن لم نبطله فللمشتري الخيار في فسخ البيع والله أعلم . فرع : إذا أحرز الغانمون الغنيمة فينبغي للإمام تعجيل قسمتها ويكره له ت أ خيرها من غير عذر وقد ذكر المصنف هذا في قسم الغنيمة قال أصحابنا : فإذا قسم فكل من أصابه مال زكوي وهو نصاب أو بلغ مع غيره من ملكه نصابا ابتدأ حوله من حينئذ ولو تأخرت القسمة بعذر أو بلا عذر حتى مضى حول فهل تجب الزكاة ينظر إن لم يختاروا التمليك فلا زكاة لأنها غير مملوكة فملكها في نهاية من الضعف يسقط بالإعراض وللإمام في قسمتها أن يخص بعضهم ببعض الأنواع ، أو بعض الأعيان إن اتحد النوع ولا يجوز هذا في سائر القسم إلا **بالتراضي** وإن اختاروا التملك ومضى حول من حين وقت الاختيار نظر إن كانت الغنيمة أصنافا فلا زكاة ، سواء كانت مما تجب الزكاة في جميعها أو بعضها لأن

" (٢)

" المقبوض ببيع فاسد ، فيطالب كل واحد رد ما قبضه إن كان باقيا ، وإلا فرد بدله . فلو كان الثمن الذي قبضه البائع مثل القيمة ، فقد قال الغزالي في الإحياء : هذا مستحق ظفر بمثل حقه ، والمالك راض فله تملكه لا محالة . وظاهر كلام المتولي وغيره أنه يجب ردها مطلقا . والوجه الثاني : أن هذا إباحة لازمة لا يجوز الرجوع فيها . قاله القاضي

---

(١) المجموع، ١٣٥/٣

(٢) المجموع، ٣١٢/٥

أبو الطيب وحكاه عند صاحب الشامل . قال : وأوردت عليه . وأجاب فأوردت على جوابه . وذكر ذلك كله . وحاصله تضعيف هذا الوجه بما ضعفه به هو والمتولي . وهو أنه لو أتلف أحدهما ما أخذه وبقي مع الآخر ما أخذه لم يكن لمن تلف في يده أن يسترد الباقي في يد صاحبه من غير أن يغرم له بدل ما تلف عنده . ولو كان هذا إباحة لكان له الرجوع ، كما لو أباح كل واحد منهما لصاحبه طعامه ، وأكل أحدهما دون الآخر ، فإن للآكل أن يرجع عن الإباحة ويسترد طعامه بلا خلاف . والوجه ا لثالث : أن العوضين يستردان . فإن تلفا فلا مطالبة لأحدهما ، ويسقط عنهما الضمان ، ويتراد منهما **بالتراضي** السابق . وهذا قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني وأنكروه عليه . وأوردوا عليه سائر العقود الفاسدة فإنه لا يراه فيها وإن وحد الرضى . قال المتولي : ولأن إسقاط الحقوق طريقه اللفظ . كالعفو عن القصاص والإبراء عن الديون . فإن أقمنا **التراضي** مقام اللفظ في الإسقاط وجب أن نقيمه مقامه في انعقاد العقد . والله أعلم . فرع : ذكر أبو سعيد بن أبي عصرون تفريعا على المشهور أن البيع لا يصح بالمعاطاة أنه لا مطالبة بين الناس فيها في الدار الآخرة ، لوجود طيب النفس بها ، ووقوع الاختلاف فيها . هذا لفظه في كتابه الانتصار . فيحتمل أنه أراد ما قدمناه عن الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب في الوجه الثالث والثاني ، والظاهر أنه أراد أنه لا مطالبة على كل وجه بها في الدار الآخرة ، وإن كانت المطالب ة ثابتة في الدنيا على الخلاف السابق والله أعلم . فرع : الخلاف المذكور في المعاطاة في البيع يجري في الإجارة والرهن والهبة ونحوها . هكذا ذكره المتولي وآخرون وأما : الهدية وصدقة التطوع ففيها خلاف مرتب على البيع إن صححناه بالمعاطاة ولم نشترط فيهما لفظا فهما أولى بذلك ، وإن شرطنا اللفظ في البيع ففيهما وجهان مشهوران عند الخراسانين ، وذكرهما جماعة من العراقيين أحدهما : وبه قطع المصنف في باب اختلاف الزوجين في الصداق ، وآخرون من العراقيين أو أكثرهم يشترط فيهما الإيجاب والقبول كالبيع وأصحهما : عند الجمهور لا يشترط وهو

(١) ".

" كتب الخراسانيين أصحهما : الانعقاد كالخلع ولحصول **التراضي** مع جريان اللفظ وإرادة المعنى يدل عليه من حيث السنة حديث جابر في قصة بيعه جمله للنبي صلى الله عليه وسلم وهو حديث طويل مشهور في الصحيحين وغيرهما ، قال فيه : قال لي النبي صلى الله عليه وسلم : بعني جملك ، فقلت إن لرجل علي أوقية ذهب فهو لك بها قال : قد أخذته به هذا لفظ رواية مسلم . قال أصحابنا : ومثال الكناية في البيع أن يقول : خذه مني بألف ، أو تسلمه بألف ، أو أدخلته في ملكي بألف ، أو جعلته لك أو هو لك بألف ، وما أشبهها ولو قال : أبحته لك بألف فليس بكناية بلا خلاف ، لأنه صريح في الإباحة فلا يكون كناية في غيره ، ولو قال : سلطتك عليه بألف ، ففي كونه كناية وجهان كقوله : أبحته لك بألف وأصحهما : يكون لأنه محتمل ، وليس صريحا في الإباحة بخلاف : أبحته ، قال إمام الحرمين : وفي هذا الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بالك ناية مع النية هو فيما إذا عدمت قرائن الأحوال ، فإن توفرت

(١) المجموع، ٩/١٥٦

وأفادت التفاهم وجب القطع بالصحة ، لكن النكاح لا يصح بالكناية ، وإن توفرت القرائن وأما : البيع المقيد بالإشهاد فقال الغزالي في الوسيط الظاهر انعقاده عند توفر القرائن ، والله أعلم . فرع : قال الغزالي في الفتاوى : لو قال أحد المتبايعين : يعني فقال : قد باعك الله أو بارك الله فيه . أو قال في النكاح : زوجك الله ابنتي . أو قال في الإقالة : قد أقالك الله . أو قد رده الله عليك . فهذا كله كناية فلا يصح النكاح بكل حال ، وأما البيع والإقالة فإن نواهما صحا . وإلا فلا . وإذا نواهما كان التقدير : قد أقالك الله لأني أقلتك . والله أعلم . المسألة الثالثة : إذا كتب إلى غائب بالبيع ونحوه ، قال أصحابنا : هو مرتب على أن الطلاق هل يقع بالكتب مع النية ، وفيه خلاف ، الأصح صحته ووقوعه فإن قلنا : لا يصح الطلاق فهذه العقود أولى أن لا تنعقد وإن قلنا : بالصحة ففي البيع ونحوه الوجهان في انعقاده بالكناية مع النية ، وهذان الوجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما أصحهما : عند المصنف لا يصح والثاني : وهو الأصح : أنه يصح البيع ونحوه بالمكاتبة لحصول **التراضي** ، لا سيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة . وقد صرح الغزالي في الفتاوى والرافعي في كتاب الطلاق بترجيح صحة البيع ونحوه بالمكاتبة : قال أصحابنا : وإن قلنا : يصح فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب ، هذا هو الأصح ، وفيه وجه ضعيف أنه لا يشترط القبول ، بل يكفي التواصل اللائق بين الكتابين . أما إذا تبايع

". (١)

" فرع : قال أصحابنا : يشترط موافقة القبول الإيجاب فلو قال : بعتك بألف صحاح ، فقال : قبلت بألف قراضة أو عكسه ، أو قال : بألف حال فقبل بمؤجل أو عكسه ، أو قال : بألف مؤجل إلى شهر فقبل بمؤجل إلى شهرين أو نصف شهر ، أو قال : بعتكه بألف درهم فقبل بألف دينار أو عكسه ، أو قال بعتكه بألف ، فقال : قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح بلا خلاف ، لأنه لا يعد قبولا ، ولو قال : بعتك هذا بألف ، فقال : قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة ، قال المتولي يصح العقد ، لأنه تصريح بمقتضى الاطلاق ، وقال الرافعي : فيه نظر وهو كما قال الرافعي ، لكن الظاهر الصحة ، وفي فتاوى القفال أنه لو قال بعتكه بألف درهم ، فقال اشتريت بألف وخمسمائة صح البيع ، قال الرافعي : هذا غريب ، وهن كما قال ، والظاهر هنا فساد العقد لعدم الموافقة . فرع : إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع ، بعت بكذا فقال نعم أو بعت ، وقال للمشتري : اشتريت بكذا فقال : نعم ، أو ا شتريت ، فوجهان حكاهما الرافعي أصحهما : عند الرافعي وغيره الانعقاد لوجود الصيغة **والتراضي** والثاني : لا ينعقد لعدم تخاطبهما وبهذا قطع المتولي . فرع : إذا قال بعتك بألف ، فقال : قبل فقط صح البيع بلا خلاف ، بخلاف النكاح ، فإن الصحيح أنه يشترط أن يقول : قبلت نكاحها أو تزويجها ، والفرق الاحتياط . فرع : لو قال : بعتك هذا بألف إن شئت ، فقال : شئت ، لم يصح البيع بلا خلاف ، وصرح به المتولي وغيره ، قالوا : لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التمليك ، وإن قال : قبلت فوجهان حكاهما المتولي وغيره أحدهما : لا يصح ، لأن الصيغة صيغة تعليق ولا مدخل له في المعاوضات

---

(١) المجموع، ١٥٨/٩

، فصار كقوله : بعتك إن دخلت الدار وأصحهما : الصحة لأنه تصريح بمقتضى الحال ، فإن القبول إلى مشيئة القابل ، وبهذا فارق سائر ألفاظ التعليق ، والله تعالى أعلم . فرع : إذا باع مال نفسه ل و لده أو مال ولده لنفسه ، فهل يفتقر إلى صيغتي الإيجاب والقبول أم يكفي أحدهما فيه وجهان مشهوران الأصح : يفتقر فيقول بعت مال ولدي بكذا واشتريته له أو قبلته له لتنتظم صورة البيع والثاني : يكفي أحدهما ، لأنه لما قام الوالد في صحة العقد مقام اثنين قام لفظه مقام لفظين ، والله أعلم .

"(١) .

" وهو الأصح ، لأن مقصوده العتق فأشبه الكتابة . الرابعة : في ثبوت الخيار في شرى الجمد في شدة الحر وجهان حكاهما المتولي والرياني وآخرون ، لأنه يتلف بمضي الزمان والأصح : ثبوته . الخامسة : إن صححنا بيع الغائب ولم يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية ، فهذا المبيع من صور الاستثناء . السادسة : إن باع بشرط نفي خيار المجلس فثلاثة أوجه ، سنذكرها مبسوطة قريبا إن شاء الله تعالى أحدها : يصح البيع والشرط ، فعلى هذا تكون هذه الصورة مستثناة ، هذا حكم البيع بأنواعه والله أعلم . ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة ، ولا في الإبراء ، ولا في الإقالة إن قلنا : إنها فسخ وإن قلنا : هي بيع ففيها الخيار ولا يثبت في الحوالة إن قلنا : إنها ليست معاوضة وإن قلنا : معاوضة لم يثبت أيضا على أصح الوجهين ، لأنها ليست على قاعدة المعاوضات ، ولا يثبت في الشفعة للمشتري ، وفي ثبوته للشفيع وجهان مشهو ر ان أصحهما : لا يثبت ، وممن صححه المصنف في التنبيه ، والفارقي والرافعي في المحرر . وقطع به البغوي في كتابيه التهذيب و شرح مختصر المزني ، وهو الراجح في الدليل أيضا ، فإن أثبتناه فقيل : معناه أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام في المجلس مع تفريعنا على قولنا : الشفعة على الفور قال : إمام الحرمين : هذا الوجه غلط ، بل الصحيح أنه على الفور ، ثم له الخيار في نقض الملك ورده ما دام في المجلس ، وهذا هو الصواب ، وهي حقيقة خيار المجلس . وأما : من اختار عين ماله لإفلاس المشتري فلا خيار له ، وفيه وجه أنه يثبت له الخيار ما دام في المجلس ، والصحيح الأول ، ولا خيار في الوقف والعتق والتدبير والطلاق والرجعة وفسخ النكاح وغيره والوصية ، ولا في الهبة إن لم يكن ثواب ، فإن كان ثواب ، فإن كان ثواب مشروط أو قلنا نقيصته الإطلاق فلا خيار أيضا على أصح الوجهين لأنها لا تسمى بيعا ، والحدي ث ورد في المتبايعين قال : المتولي وغيره : موضع الوجهين من الهبة بعد القبض ، أما قبله فلا خيار قطعا وأما : إذا رجع البائع في المبيع لفلس المشتري فالأصح أنه لا خيار له ، وحكى الدارمي فيه قولين عن حكاية ابن القطان ، ويثبت الخيار في القسمة إن كان فيها رد ، وإلا فإن جرت بالإجبار فلا رد وإن جرت بالتراضي فإن قلنا : إنها إقرار فلا خيار وإن قلنا : بيع فلا خيار أيضا على أصح الوجهين ، هكذا ذكرهما الأصحاب وقال : المتولي : إن كانت قسمة إجبار وقلنا : هي بيع فلا خيار للمجبر وفي الطالب وجهان كالشفيع . النوع الثاني : العقد الوارد على المنفعة ، فمنه النكاح ولا خيار فيه بلا خلاف ، ولا خيار في الصداق على أصح الوجهين ، فإن أثبتناه

---

(١) المجموع، ٩/١٦١

ففسخت وجب مهر المثل ، وعلى هذين الوجهين يكون ثبوت خيار المجلس في عوض الخلع ، والأصح أيضا أنه لا يثبت فيه ، ولا تندفع الفرقة

". (١)

"فقال هل بين لك ما فيها قلت وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة فقال أردت بها سفرا أم أردت بها لحما قلت أردت عليها الحج قال إن بخفها نقبا

قال صاحبها أصلحك الله ما تريد إلى هذا تفسد علي قال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لاحد يبيع شيئا إلا بين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه فإن باع ولم يبين العيب صح البيع لان النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية

فصل في ثبوت خيار العيب فإن لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد لانه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة

فإن ابتاع شيئا ولا عيب به ثم حدث به عيب في ملكه نظرت فإن كان حدث قبل القبض ثبت له الرد لان المبيع مضمون على البائع فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد وإن حدث العيب بعد القبض نظرت فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد لانه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث وإن استند إلى ما قبل القبض بأن كان عبدا فسرق أو قطع يدا قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ففيه وجهان أحدهما أنه يرد وهو قول أبى إسحاق لانه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض

والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لان القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله

فصل ثبوت الخيار على الفور إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يخل إما أن يكون المبيع باقيا على جهته أو زاد أو نقص فإن كان باقيا على جهته وأراد الرد لم يؤخره فإن أخره من غير عذر سقط الخيار لانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الشفعة فإن كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد لانه لم يرض بالعيب ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقي وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد وله أن يرد بغير رضى البائع ومن غير حضوره لانه رفع عقد جعل إليه فلا يعتبر فيه رضى صاحبه ولا حضوره كالطلاق

فإن اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطىء الجارية ففيه وجهان أحدهما أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء

---

(١) المجموع، ١٦٨/٩

والثاني لا ينفسخ لان الملك قد استقر للمشتري فلا يجوز فسخه إلا بالقول فإن زال العيب قبل الرد ففيه وجهان بناء على القولين في الأمة إذا أعتقت تحت عبد ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ

أحدهما يسقط الخيار لان الخيار ثبت لدفع الضرر وقد زال الضرر

والثاني لا يسقط لان الخيار ثبت بوجود العيب فلا يسقط من غير رضاه

وإن قال البائع أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضا فيها حجارة مدفونة يضر تركها بالأرض فقال البائع أنا أقلع ذلك في مدة لا أجرة لمثلها سقط حق المشتري من الرد لان ضرر العيب يزول من غير إضرار

وإن قال البائع أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله لانه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن

وإن قال المشتري أعطني الأرش لامسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرش لانه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن

فإن تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ففيه وجهان أحدهما يجوز وهو قول أبي العباس لان خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال وهو إذا حدث عند المشتري عيب فجاز إسقاطه إلى المال **بالتراضي** كالخيار في القصاص

والثاني لا يجوز وهو المذهب لانه خيار فسخ فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة

فإن تراضيا على ذلك وقلنا إنه لا يجوز فهل يسقط خياره فيه وجهان أحدهما أنه يسقط لانه رضي بإمساك العين مع العيب

والثاني لا يسقط وهو المذهب لانه رضي بإسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقي الخيار وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز لان على البائع ضررا في تبعيض الصفقة عليه فلم يجز من غير رضاه

وإن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا فهل له أن يفرده بالرد فيه قولان أحدهما لا يجوز لانه تبعيض صفقة على البائع فلم يجز من غير رضاه

والثاني يجوز لان العيب اختص بأحدهما فجاز أن يفرده بالرد

وإن ابتاع اثنان عبدا فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لان البائع فرق الملك في الإيجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما في صفقتين فإن مات من له الخيار انتقل إلى وارثه

". (١)

"وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما تفرقنا عن تراض وقال الآخر تفرقنا عن فسخ البيع ففيه وجهان أحدهما أن القول قول من يدعي **التراضي** لان الأصل عدم الفسخ وبقاء العقد

(١) المهذب، ١/٢٨٤

والثاني أن القول قول من يدعى الفسخ لان الأصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف فأما إذا اختلفا في عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع عندك حدث العيب وقال المشتري بل حدث عندك فالقول قول البائع لان الأصل عدم العيب

فإن اختلفا في المردود بالعيب فقال المشتري هو المبيع وقال البائع الذي بعتك غير هذا فالقول قول البائع لان الأصل سلامة المبيع وبقاء العقد فكان القول قوله

فإن اشترى عبدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيبا فرده وقلنا إنه يجوز (له) أن يرد أحدهما واختلفا في قيمة التالف ففيه قولان أحدهما وهو الصحيح أن القول قول البائع لانه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذى يقر به كالمشترى والشفيع إذا اختلفا في الثمن فإن القول قول المشتري لانه ملك الشقص فلا يزال إلا بما يقر به

والثاني أن القول قول المشترى لانه كالغارم فكان القول قوله فإن باعه عشرة أقفزة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشتري أنها دون حقه ففيه قولان أحدهما أن القول قول المشتري لان الأصل أنه لم يقبض جميعه

والثاني أن القول قول البائع لان العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه فجعل القول قول البائع

فصل إذا باعه سلعة بثمن فى الذمة ثم اختلفا إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع فقد اختلف أصحابنا فيه

فمنهم من قال فيه ثلاثة أقوال أحدها يجبر البائع على إحضار المبيع والمشتري على إحضار الثمن ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة لان التسليم واجب على كل واحد منهما فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لاحدهما على الآخر دراهم وللآخر عليه دنانير

والثاني لا يجبر واحد منهما بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه لان على كل واحد منهما حقا في مقابلة حق له فإذا تمانعا لم يجبر واحد منهما كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعي فنكل

والثالث أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري وهو الصحيح لان حق المشتري متعلق بعين وحق البائع في الذمة فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ولان البائع يتصرف في الثمن في الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع

ومن أصحابنا من قال المسألة على قول واحد وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره ولم يختره فعلى هذا ينظر فيه فإن كان المشتري موسرا نظرت فإن كان ماله حاضرا أجبر على تسليمه في الحال وإن كان في داره أو دكانه حجر عليه في المبيع وفي سائر أمواله إلى أن يدفع الثمن لانه إذا لم يحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه فيضر بالبائع وإن كان غائبا منه على مسافة يقصر فيها الصلاة فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله لان عليه ضررا في تأخير الثمن فجاز له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس المشتري

وإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان أحدهما ليس له أن يختار عين ماله لانه في حكم الحاضر

والثانى (له أن) يختار عين ماله لانه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد

وإن كان المشتري معسرا ففيه وجهان أحدهما تباع السلعة ويقضى دينه من ثمنها

والمنصوص أنه يرجع إلى عين ماله لانه تعذر الثمن بالإعسار فثبت له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس (المشتري) بالثمن

وإن كان الثمن معينا ففيه قولان أحدهما يجبران

والثاني لا يجبر واحد منهما ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع لان الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض

فصل إن باع من رجل عينا وإن باع من رجل عينا فأحضر المشتري نصف الثمن ففيه وجهان أحدهما لا يجبر البائع على تسليم شيء من المبيع لانه محبوس بدين فلا (يسلم) شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن

والثاني أنه يجبر على تسليم نصف المبيع لان كل واحد منهما عوض عن الآخر وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابلته

ويخالف

." (١)

" فصل في الكتابة على عوض معلوم ولا يجوز إلا على عوض معلوم الصفة لأنه عوض في الذمة فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه

فصل في الكتابة على المنافع وتجوز الكتابة على المنافع لأنه يجوز أن تثبت في الذمة بالعقد فجاز الكتابة عليها كالمال

فإن كاتبه على عملين في الذمة في نجمين جاز كما يجوز على مالين في نجمين

وإن كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لأن ذلك نجم واحد

وإن كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجز لأن العقد في الشهر الثاني على منفعة معينة في زمان مستقبل فلم يجز كما لو استأجره للخدمة في شهر مستقبل

وإن كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز لأنه لا يقدر على تسليم الدينار في الحال

وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار في نجم بعده جاز لأنه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين في نجمين

وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحق لا يجوز لأنه إذا لم يفصل بينهما صارا نجما واحدا

---

(١) المهذب، ٢٩٥/١

ومنهم من قال يجوز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة وإنما يتصل استيفاوهما فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في نصف الشهر جاز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة

فصل فيما إذا كاتب رجلان عبدا بينهما وإن كاتب رجلان عبدا بينهما على مال بينهما على قدر الملكين وعلى نجوم واحدة جاز

وإن تفاضلا في المال مع تساوي الملكين أو تساويا في المال مع تفاضل الملكين أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ففيه طريقان من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه فإن قلنا يجوز جاز

وإن قلنا لا يجوز لم يجز لأن اتفاقهما على الكتابة ككتابة أحدهما في نصيبه بإذن الآخر وعلى هذا يدل قول الشافعي رحمه الله تعالى فإنه قال في الأم ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه فدل على أنه إذا جاز ذلك جاز هذا وإن لم يجز ذلك لم يجز هذا

ومنهم من قال لا يصح قولا واحدا لأنه يودي إلى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب لأنه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعدما انتفع به

فصل في الشرط في الكتابة ولا يصح على شرط فاسد لانه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت بالشرط الفاسد كالبيع ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع

فصل في فسخ الكتابة وإذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز لأنه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال لأن ما لا يلزمه إذا لم يجعل شرطا فهي عتقه لم يلزمه إذا جعل شرطا في عتقه كالنوافل وهل يملك أن يفسخ فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يملك لأنه لا ضرر عليه في البقاء على العقد ولا فائدة له في الفسخ

فلم يمكنه

ومنهم من قال له أن يفسخ لأنه عقد لحظه

فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن

فإن مات المولى لم يبطل العقد لأنه لازم من جهته فلم يبطل بالموت كالبيع وينتقل المكاتب إلى الوارث لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل إلى وارثه كالعبد القن

وإن مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالمبيع إذا تلف قبل القبض

ولا يجوز شرط الخيار فيه لأن الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين ألا يدفع فلا معنى لشرط الخيار

فإن اتفقا على الفسخ جاز لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال فجاز فسخه بالتراضي كالبيع

باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والإجارة والصدقة والهبة والأخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات وهو مع المولى كالأجنبي مع الأجنبي في ضمان المال وبذل المنافع وأرش الأطراف لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه

ويملك التصرف في المال بما يعود إلى مصلحته ومصلحة ماله فيجوز أن ينفق على نفسه لأن ذلك من أهم المصالح وله أن يفدي في حياته نفسه أو رقيقه لأن له فيه مصلحة

وله أن يختن غلامه

ويودبه لأنه إصلاح للمال وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك إقامته لأن طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية

ومن أصحابنا من قال أن يقيم الحد كما يملك الحر في عبده وله أن يقتص في الجناية عليه وعلى رقيقه

وذكر الربيع قولا آخر أنه لا يقتص من غير إذن المولى ووجهه أنه ربما عجز فيصير

." (١)

"الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع في الجناية وبين أن يفديه

فإن عجزه المجني عليه نظرت فإن كان الأرش يحيط بالثمن بيع وقضي حقه

وإن كان دون الثمن بيع منه ما يقضى منه الأرش وبقي الباقي على الكتابة

وإن أدى كتابة باقية عتق

وهل يقوم الباقي (على المولى) إن كان موسرا

فيه وجهان أحدهما لا يقوم لأنه وجد سبب العتق قبل التبعيض

والثاني يقوم عليه لان ختياره للإنظار كابتداء العتق

باب الكتابة الفاسدة إذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها لأنه دخل على أن يسلم له ما شرط ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لانه مجمع عليه

وإن مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لأنه غير لازم من جهته فبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة

فإن مات العبد بطل لأنه لا يلحقه العتق بعد الموت وإن جن لم تبطل لأنه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار

فصل إذا أدى المكاتب النجوم وإن أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق لأن الكتابة تشتمل على معاوضة وهو قوله كاتبتك على كذا وعلى صفة وهو قوله فإذا أديت فأنت حر

فإذا بطلت المعاوضة بقيت الصفة فعتق بها وإن أداه إلى غير من كاتبه لم يعتق لأنه لم توجد الصفة

---

(١) المهذب، ١١/٢

فإذا عتق تبعه ما فضل في يده من الكسب وإن كانت جارية تبعها الولد لأنه جعل كالكتابة الصحيحة في العتق فكانت كالصحيحة في الكسب والولد

فصل فيما يرجع السيد عليه ويرجع السيد عليه بقيمته لأنه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط وتعذر الرجوع إليه فرجع ببدله كما لو باع سلعة بشرط فاسد فتلفت في يد المشتري

ويرجع العبد على المولى بما أداه إليه لأنه دفعه عما عليه فإذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع فإن كان ما دفع إليه من جنس القيمة وعلى صفتها كالأثمان وغيرها من ذوات الأمثال ففيه أربعة أقوال أحدها أنهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر لأنه لا فائدة في أخذه ورده

والثاني أنه إن رضي أحدهما تقاصا وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا لأنه إذا رضي أحدهما فقد اختار الراضي منهما قضاء ما عليه بالذي له على الآخر ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أي جهة شاء

والثالث أنهما إن تراضيا تقاصا وإن لم يتراضيا لم يتقاصا لأنه إسقاط حق بحق فلم يجز إلا **بالتراضي** كالحوالة

والرابع أنهما لا يتقاصان بحال لأنه بيع دين بدين

وإن أخذ من سهم الرقاب في الزكاة فإن لم يكن فيه وفاء استرجع منه وإن كان فيه وفاء فقد قال في الأم يسترجع ولا يعتق لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب

ومن أصحابنا من قال لا يسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة في العتق والكسب

فصل كتابة العبد والصغير والمجنون فإن كاتب عبدا صغيرا أو مجنونا فأدى ما كاتبه عليه عتق بوجود الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البائع في ملك ما فضل في يده من الكسب وفي التراجع فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحق أنه لا يملك ما فضل في يده من الكسب ولا يثبت التراجع وهو رواية المزني في المجنون لأن العقد مع الصبي ليس بعقد ولهذا لو ابتاع شيئا وقبضه وتلف في يده لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ فإن عقده عقد يقتضي الضمان ولهذا لو اشترى شيئا ببيع فاسد وتلف عنده لزمه الضمان

والثاني وهو قول أبي العباس أنه يملك ما فضل من الكسب ويثبت بينهما التراجع وهو رواية الربيع في المجنون لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد

فصل كتابة بعض العبد وإن كاتب بعض عبده وقلنا إنه لا يصح فلم يفسخ حتى أدى المال عتق لوجود الصفة وتراجعا وسرى العتق إلى باقيه لانه عتق بسبب منه

فإن كاتب شركا له في عبد من غير إذن شريكه نظرت فإن جمع كسبه ودفع نصفه إلى الشريك ونصفه إلى الذي كاتبه عتق لوجود الصفة

فإن جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان أحدهما لا يعتق لأن الأداء يقتضي أداء ما يملك

". (١)

"وروي أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وكان يضربها فأتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت لا أنا ولا ثابت وما أعطاني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذ منها فأخذ منها فقعدت في بيتها

وإن لم تكره منه شيئا وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾

ولانه رفع عقد **بالتراضي** جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالإقالة في البيع

وإن ضربها أو منعها حقها طمعا في أن تخالعه على شيء من مالها لم يجز لقوله عز وجل ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾

فإن طلقها في هذه الحال على عوض لم يستحق العوض لانه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لان الرجعة إنما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فتثبت الرجعة فيه

فإن زنت فمنعها حقها لتخالعه على شيء من مالها ففيه قولان أحدهما يجوز ويستحق فيه العوض لقوله عز وجل ﴿ إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾

فدل على أنها إذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئا من مالها

والثاني أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض لانه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبه إذا منعها حقها لتخالعه من غير زنا

فأما الآية فقد قيل إنها منسوخة بآية الإمساك في البيوت وهي قوله تعالى ﴿ فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت ﴾

ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم ولانه روي عن قتادة أنه فسر الفاحشة بالنشوز فعلى هذا إذا كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه

فصل ولا يجوز للأب أن يطلق مرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ولان طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية

ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشيء من مالها لانه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فإن خالعها بشيء من مالها لم يستحق ذلك وإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه

ومن أصحابنا من قال إذا قلنا إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي فله أن يخالعها بالإبراء من نصف مهرها وهذا خطأ لانه إنما يملك الإبراء على هذا القول بعد الطلاق وهذا الإبراء قبل الطلاق

---

(١) المهذب، ٢/١٦

فصل ولا يجوز للسفيهة أن تخالع بشيء من مالها لانها ليست من أهل التصرف في مالها فإن طلقها على شيء من مالها لم يستحق ذلك كما لا يستحق ثمن ما باع منها فإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ويجوز للأمة أن تخالع زوجها على عوض في ذمتها ويجب دفع العوض من حيث يجب دفع المهر في نكاح العبد لان العوض في الخلع كالمهر في النكاح فوجب من حيث يجب المهر

فصل ويصح الخلع مع غير الزوجة وهو أن يقول رجل طلق مرأتك بألف علي

وقال أبو ثور لا يصح لان بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره سفه

ولذلك لا يجوز أن يقول لغيره بع عبدك من فلان بألف علي

وهذا خطأ لانه قد يكون له غرض وهو أن يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم فيبذل العوض ليخلصهما طلبا للثواب كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير أو حر في يد من يسترقه بغير حق

ويخالف البيع فإنه تمليك يفتقر إلى رضا المشتري فلم يصح بالأجنبي والطلاق إسقاط حق لا يفتقر إلى رضا المرأة فصح بالمالك والأجنبي كالعتق بمال

فإن قال طلق امرأتك على مهرها وأنا ضامن فطلقها بانت ورجع الزوج على الضامن بمهر المثل في قوله الجديد وببدل مهرها في قوله القديم لانه أزال الملك عن البضع بمال ولم يسلم له وتعذر الرجوع إلى البضع فكان فيما يرجع إليه قولان كما قلنا فيمن أصدق امرأته مالا فتلف قبل القبض

فصل ويجوز الخلع في الحيض لان المنع من الطلاق في الحيض للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة والخلع جعل للضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والتقصير في حق الزوج والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما

ويجوز الخلع من غير حاكم لانه قطع عقد **بالتراضي** جعل لدفع الضرر فلم يفتقر إلى الحاكم كالإقالة في البيع

---

(١) ".

"فتقول قضية هذا الكلام تقديم القريب علي الاجنبي الذى أوصى الانسان بأن يصلي عليه فهل هو كذلك ام يتبع وصيه (والجواب) ان الشيخ ابا محمد خرج المسألة علي وجهين كالوجهين فيما إذا اوصى في أمر أطفاله الي اجنبي وأبوه الذى يلى أمرهم شرعا حي (أصحهما) ولم يذكر الاكثرون سواه تقديم القريب لان الصلاة حقه فلا تنفذ وصية فيه (والثانى) انه تتبع وصيته وهو مذهب أحمد رحمه الله وبه أفتى الامام محمد بن يحيى قدس الله روجه في جواب مسائل سأله عنها والدى رحمة الله عليهما (وقوله) ثم يبدأ بالاب ثم الجد معلم بالميم لان مالكا يقدم الابن علي الاب وقوله ثم العصبات معلم بالميم أيضا لانه يوجب تأخير الاخ عن الجد وعنده يقدم الاخ عليه و (وقوله) ثم إن لم يكن وارث

---

(١) المهذب، ٧١/٢

فذووا

الارحام يقتضى تقديم الاخ للام علي ذوى الارحام كلهم قال صاحب التهذيب ان لم يكن أحد من العصبات فان الام أولي ثم الاخ للام ثم الخال ثم العم للام فيقدم أبو الأم وهو من ذوى الارحام علي الاخ للام فالوجه ان يحمل قوله ان لم يكن وارث أي من العصبات وهم الذين سبق ذكرهم هذا الكلام (وقوله) ويقدم عليهم المعتق كأنه مذكور ايضاحا وإلا فقد تقدم في موضعين من من لفظ الكتاب ما يفيده (أحدهما) حيث قال ثم العصبات علي ترتيبهم في الولاية وذلك يقتضي ان أن يلى درجة المعتق درجة عصبات النسب كما في الولاية وذلك يقتضى ان لا يتخللها ذوو الارحام (والثانى) حيث قال ثم ان لم يكن وارث فذووا الارحام والمعتق من الوارثين ثم لا بأس باعلام قوله ويقدم عليهم المعتق بالواو لان في لفظ صاحب النهاية ما يقتضي إثبات خلاف فيه كما قدمناه وكذلك لفظ المصنف في الوسيط * قال (وإذا تعارض السن والفقه فالفقيه اولي علي اظهر المذهبين ولو كان فيهم عبد فقيه وحر غير فقيه أو اخ رقيق وعم حر ففى المسألتين تردد وعند تساوى الخصال لا مرجع إلا القرعة أو التراضي) * إذا اجتمع اثنان في درجة واحدة كابنين واخوين ونحوهما وتنازعا فقد قال في المختصر يقدم الاسن وذكر في سائر الصلوات ان الافقه أولى واختلف الاصحاب علي طريقتين (اصحهما) وهي التى ذكرها الجمهور ان المسألتين علي ما نص عليهما والفرق بين سائر الصلوات وصلاة الجنازة ان الغرض من صلاة الجنازة الدعا والاستغفار للميت والاسن اشفق عليه ودعاؤه اقرب الي." (١)

"ملكتك وفى ملكت وجه منقول عن الحاوى والقبول من جهة المشتري بان يقول قبلت ويقوم مقامه ابتعت واشتريت وتملكت ويجرى في تملكت مثل ذلك الوجه * وإنما جعلنا قوله ابتعت وما بعده قائما مقام القبول ولم نجعله قبولا لما ذكره إمام الحرمين من ان القبول على الحقيقة ما لا يتأتى الابتداء به (فاما) إذا أتى بما يتأتى الابتداء به فقد أتي باحد شقى العقد * ولافرق بين أن يتقدم قول البائع بعت علي قول المشتري اشتريت وبين أن يتقدم قول المشترى اشتريت * ويصح في البيع الحالتان ولا يشترط اتفاق اللفظين بل لو قال البائع اشتريت فقال المشترى تملكت أو ابتعت أو قال

البائع ملكت فقال المشترى اشتريت صح لان المعنى واحد (وقوله) اعتبرا للدلالة على الرضا يريد به أن المقصود الاصلي هو التراضي لئلا يكون واحد منهما آكلا مال الآخر بالباطل بل يكونا تاجرين عن تراض على ما قال تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينك بال باطل) الآية الا أن الرضي أمر باطن يعسر الوقوف عليه فنيط الحكم باللفظ الظاهر * ثم في بعض النسخ على الرضى الباطن وفى بعضها علي الرضي في الباطن وهما صحيحان ويتعلق بهذه القاعدة مسائل ثلاث (إحداها) المعاطاة ليست بيعا علي المذهب المشهور لان الافعال لا دلالة لها بالوضع وقصود الناس فيها تختلف * وعن ابن سريج فيها تخريج قول الشافعي أنه يكتفى بها في المحقرات لان المقصود الرضي وبالقرائن يعرف حصوله وبهذا أفتى

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٥/١٦٠

القاضى الروياني وغيره وذكروا لمستند التخريج صورا (منها) لو عطب الهدى في الطريق فغمس النعل الذى قلده بها في الدم وضرب بها صفحة سنامه هل يجوز للمارين الاكل." (١)

"والاصح المنع (الثانية) يشترط ان يكون القبول على وفق الايجاب حتي لو قال بعت بالف صحيحة فقال قبلت بالف قراضة أو بالعكس أو قال بعت جميع كذا بالف فقال قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح * ولو قال بعتك هذا بألف فقال قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة قال في التتمة يصح لان هذا تصريح بمقتضى الاطلاق ولا مخالفة ولك أن تقول اشكالا سيأتي القول في ان تفصيل الثمن من موجبات تعدد الصفقة وإذا كان كذلك فالبائع ههنا أوجب بيعة واحدة والقابل قبل بيعتين لم يوجبهما البائع ولا يخفى ما فيه من المخالفة * وفى فتاوى القفال أنه لو قال بعتك بالف درهم فقال اشتريت بالف وخمسمائة يصح البيع وهو غريب (الثالثة) لو قال المتوسط للبائع بعت بكذا فقال نعم أو بعت وقال للمشترى اشتريت بكذا فقال نعم أو اشتريت هل ينعقد

البيع فيه وجهان (احدهما) لا لان واحدا منهما لم يخاطب الآخر (واظهرهما) ما دل عليه ايراد صاحب ال تهذيب والروياني الانعقاد لوجود الصيغة والتراضي (الرابعة) لو قال بعت منك هذا بالف فقال قبلت صح البيع بخلاف النكاح يشترط فيه علي رأى ان يقول قبلت نكاحها احتياطا للابضاع.

(الخامسة) لو قال بعت هذا بالف ان شئت فقال اشتريت فوجهان (احدهما) انه لا ينعقد لما فيه من التعليق كما لو قال ان دخلت الدار (وأظهرهما) انه ينعقد لان هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد فانه لو لم يشأ لم يتيسر (السادسة) يصح بيع الاخرس وشراؤه بالاشارة والكتابة وهذا يبين ان الصيغة بخصوصها ليست داخلة في البيع نفسه (واعلم) أن جميع ما ذكرناه فيما ليس بضمني من المبياعات فأما البيع الضمني فيما إذا قال اعتق عبدك عنى على بألف فلا يعتبر فيه الصيغ التي قدمناها ويكفى فيه الالتماس والجواب لا محالة وبالله التوفيق * قال (الركن الثاني العاقد وشرطه التكليف فلا عبارة لصبى (ح م) ولا مجنون باذن الولى دوون اذنه وكذلك لا يفيد قبضهما الملك في الهبة ولا تعين الحق في استيفاء الدين * ويعتمد اخباره عن الاذن عند فتح الباب والملك عد ايصال الهدية على الاصح) *." (٢)

"يأخذ شيئا ليشتريه فيجئ غيره إليه ويقول رده حتى ابيع منك خيرا منه بارخص أو يقول لمالكه استرده لا شتريه باكثر وانما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن (فاما) ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب فلغيره الدخول عليه والزيادة في الثمن روى (أن النبي صلى الله عليه وسلم نادى على قدح وجلس لبعض أصحابه فقال رجل هما علي بدرهم ثم قال آخر هما علي بدرهمين فقال صلى الله عليه وسلم هما لك بدرهمين) (١) وإنما يحرم إذا حصل التراضي صريحا فان جرى ما يدل علي الرضى ففى تحريم." (٣)

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٩٩/٨

(٢) الشرح الكبير للرافعي، ١٠٥/٨

(٣) الشرح الكبير للرافعي، ٢٢٢/٨

"ألا ترى أنه يثبت فيه الرد بالعيب والرجوع بالعهدة (ووجه) المنع أن المشتري لا خيار له وتخصيص خيار المجلس باحد الجانبين بعيد فان أثبتناه فعن بعضهم أن معناه انه بالخيار بين الاخذ والترك ما دام في المجلس هذا مع تفريعنا على قول الفور * وغلط إمام الحرمين ذلك القائل وقال الصحيح انه على الفور ثم له الخيار في نقض الملك ورده ومن اختار عين ماله المبيع من المفلس لزمه ولا خيار له * وروي القاضي ابن كج أن أبا الحسن حكى وجها انه بالخيار مادام في المجلس وهذا شبيه بالخلاف في الشفيع ولا خيار في الوقف كما في العتق ولا في الهبة ان لم يكن فيها ثواب وان وهب بشرط الثواب أو مطلقا وقلنا انه يقتضي الثواب فوجهان (أظهرهما) انه لا يثبت لانه لا يسمى بيعا والخبر ورد في المتبايعين ويثبت الخيار في القسمة ان كان فيها رد والا فان جرت بالاخيار فلا خيار فيها وان جرت **بالتراضي** فيبنى على أنها بيع أ و أفراز حق (ان قلنا) افراز حق لم يثبت (وان قلنا) بيع فكذلك في أصح الوجهين (وأما) النوع الثاني وهو العقد الوارد على المنفعة فمنه النكاح فلا." (١)

"دون المشتري ففيه وجهان عن ابن القطان (أحدهما) لا يثبت لعدم **التراضي** (والثاني) يثبت لظاهر قوله (قل لاخلابة ولك الخيار ثلاثا) (وأما) اللفظة المروية في الكتاب وهي قوله (ولي الخيار ثلاثة أيام) فلا تكاد توجد في كتب الحديث ولا الفقه نعم في شرح مختصر الجويني للموفق بن طاهر (قل لا خلابة واشترط الخيار ثلاثا) وهما متقاربان * إذا عرفت ذلك ففي الفصل ثلاث صور (إحداها) لا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فلو زاد فسد العقد لان الخيار غرر فلا يزاد على ما ورد به الخبر * وقال مالك تجوز الزيادة بحسب الحاجة حتى لو اشترى ضيعة يحتاج النظر فيها إلى شهر فصاعدا يجوز شرطه * وعن أحمد تجويز الزيادة من غير تحديد * ويجوز شرط ما دون الثلاث بطريق الاولى لكن لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد فيبطل البيع أو يصح ويباع عند الاشراف على الفساد ويقام عنه مقامه حكي يحيى اليمني عن بعض من لقيه فيه وجهين وقال مالك إن كان المبيع مما يعرف حاله بالنظر ساعة أو يوما لم تجز الزيادة ويشترط." (٢)

"(أما) الحادثة بعده وقبل القبض فيجوز الرد بها * ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتي تحدث ففيه وجهان (اصحهما) ولم يذكر الاكثرون غيره انه فاسد فان أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى وإن فرعنا على القول الثاني فكما لا يبرأ مما علمه وكتمه كذلك لا يبرأ من العيوب الظاهرة لسهولة البحث عنها والوقوف عليها وإنما يبرأ من عيوب باطن الحيوان التي لا يعلمها (ومنهم) من اعتبر نفس العلم ولم يفرق بين الظاهر والباطن وهل يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان قيل نعم لعسر الوقوف وقال الاكثرون لا لتبدل أحوال الحيوان هذا فقه الفصل (وأما) لفظ الكتاب فاعلم أنه لم عد أنواع خيار النقيصة أراد أن يبين ما يسقطه فقال هذه أسباب الخيار أما دوافعه ومسقطاته وإنما جمع بين هاتين اللفظتين لان منها ما يدفع كشرط البراءة ومنها ما يسقط بعد الثبوت كالتقصير وإنما قال أعني في خيار النقيصة لان

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٢٩٨/٨

(٢) الشرح الكبير للرافعي، ٣١١/٨

هذه الام و ر لا تعلق لها بخيار التروي على أن جميعها لا يشمل انواع خيار النقيصة أيضا فان شرط البراءة لا مدخل له في خيار الخلف وخيار التصرية ثم لا يخفي أن ايراد الكتاب انما يتمشي على طريقة اثبات الاقوال وانه أدرج فيه الخلاف في أن فساد الشرط هل يتعدى إلى فساد العقد (وقوله) ويصح في الحيوان ويفسد في غيره إنما

يخرج على الطريقة التي نقلها الامام ومواضع العلامات سهلة المدرك على العارف بما قدمناه والله أعلم * قال (الثاني هلاك المعقود عليه فلو اطلع على عيب العبد بعد موته فلا رد إذ لا مردود فلو كان العبد قائما والثوب الذى هو عوضه تالفارد العبد بالعيب ورجع إلى قيمة الثوب * والعتق والاستيلاد كالاهلاك وهل يجوز أخذ الارش **بالتراضي** فيه وجهان وإذا عجز عن الرد فله الارش وهو الرجوع إلى جزء من الثمن يعرف قدره بمعرفة نسبة قدر نقصان العيب من قيمة المبيع فيرجع من الثمن بمثل نسبته * وزوال المل ك عن المبيع يمنعه من الرد في الحال ولا يمنع طلب الارش في الحال لتوقع عود الملك على الاصح ولو عاد الملك إليه ثم اطلع على عيب فله الرد على الاصح فالزائل العائد كالذي لم يزل) * من موانع الرد أن لا يتمكن المشتري من رد المبيع وذلك قد يكون لهلاكه وقد يكون مع بقائه وعلى التقدير الثاني فربما كان لخروجه عن قبول النقل من شخص إلى شخص وإنما." (١)

"على كونه عند أحدهما فذاك وان تنازعا والرهن مما ينقسم قسم وحفظ كل واحد نصفه وان كان مما لا ينقسم حفظه هذا مدة وهذا مدة ولو قسماه **بالتراضي** والتفريع على الوجه الثاني ثم أراد أحدهما أن يرد مافى يده على صاحبه ففى جوازه وجهان لابن سريج وجه المنع أن المشقة قد اندفعت بما جرى وإذا أراد العدل وضع الراهن عنده رده اليهما أو إلى وكيلهما فان كان غائبين ولا وكيل فهو كرد الوديعة وسيأتى وليس له دفعة إلى أحدهما دون إذن الآخر فان فعل ضمن واسترد منه ان كان باقيا

وان تلف في يد المدفوع له نظر ان دفعه إلى الراهن رجع المرتهن بكمال قيمته وان زادت على حقه ليكون رهنا مكانه ويغرم من شاء من العدل والراهن والقرار على الراهن فان غرم العدل فله ان يكلف الراهن قضاء الدين لفك المأخوذ منه وان دفعه إلى المرتهن فللراهن أن يغرم من شاء من العدل والمرتهن قيمته ليكون رهنا والقرار على المرتهن فان ك ا ن الحق حالا والدين من جنس القيمة وقع الكلام في التقاض ولو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ضمن فلو رده إليه برئ وحكى الامام في النهاية وجها أنه لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو بأذن جديد للعدل في أخذه والمذهب الاول وكذلك الجواب لو غصب الوديعة من المودع أو العين المكراة من المكترى أو الرهن من المرتهن ثم رد إليهم ولو غصب اللقطة من الملتفط لم يبرأ بالرد إليه ولو غصب من المستعير أو المستام ثم رد فوجهان لانهما مأذونان من." (٢)

"فإذا بني أحدهما على ما صار له تعدى الثقل والتحامل إلى الشق الآخر وضعف الامام المعنى الثاني بما مر أن هذه القسمة جائزة **بالتراضي** وذلك يدل على أن رسم الخط كاف في القسمة والمفاضلة وما ذكره توجيها واعتراضا مبنى

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٣٤١/٨

(٢) الشرح الكبير للرافعي، ١٢٠/١٠

على الاكتفاء بالعلامة وترك الشق والقطع وهو الاول من الوجهين المنقولين في حالة التراضي وعن صاحب التقريب وجه أنه يجاب الطالب ويجبر الممتنع لكن لا يقرع بل يخصص كل واحد بما يليه (وأما) النوع الثاني وهو قسمة نصف الطول في كل العرض فجائز بالتراضى أيضا وفى الاجبار عليه وجهان أما الذين اعتبروا الشق والقطع فانهم وجهوا أحدهما بأن القطع يوجب اتلاف بعض الجدار ولا اجبار مع الاضرار (والثانى) أن الضرر والنقصان في هذا النوع هين فاشبه قسمة الثوب الصفيق (وأما) المكتفون برسم الخط والعلامة فبنوهما على المعنيين السابقين (إن قلنا) بالاول جرى الاجبار لان كل واحد منهما يتأتى له ا لانتفاع بما يصير إليه (وإن قلنا) بالثاني فلا لتعذر المفاضلة المحققة والاشبه من الوجهين كيف فرض التوجيه مع الاجبار وهو الذى أورده في الكتاب هذا في قسمة الجدار نفسه (أما) إذا انهدم وظهرت العرصة أو كان بينهما عرصة جدار لم يبن عليها بعد فطلب أحدهما قسمتها في كل الطول ونصف العرض (فان قلنا) في الجدار أن الطالب لمثل هذه القسمة يجاب ويخصص كل واحد بالشق الذى يليه من غير قرعة فكذلك ههنا وبه قال أبو الطيب بن سلمة (وإن قلنا) لايجاب ثم فههنا وجهان بنوهما على المعنيين السابقين (إن قلنا) بالاول لم يجب (وان قلنا) بالثاني أجيب وان طلب قسمتها في نصف الطول وكل العرض أجيب لفقد المعاني المذكورة في الجدار وإذا

بني الجدار وأراد أن يكون عريضا زاد فيه من عرض بيته والله أعلم بالصواب * وإذا عرفت ذلك فاعلم قوله في الكتاب ولا يجبر على القسمة في كل الطول ونصف العرض - بالواو - وكذا قوله و كذا في نصف الطول وكل العرض (وأما) قوله إذا جرت بالتراضى أقرع في الصورة الاخيرة والاولى تخصيص كل وجه بصاحبه في الصورة الاولى وفى الصورة الاخيرة القسمة في نصف الطول وكل العرض والاولى هي القسمة في كل الطول ونصف العرض ولا يفهم من قوله الاولى التخصيص بعينه على رأى ذهابا إلى أن." (١)

"المراد من الاولى من خلاف في المسألة فان أحدا لم يذكر فيها خلافا بل أطلقوا الجواز للقسمة عند التراضي والمعود في القسمة القرعة فان ما أراد الارشاد إلى أن الشريكين ينبغى أن يصيرا إلى التخصيص من غير قرعة فبيع كل واحد منهما ماله في الشق الذى يلى صاحبه بما لصاحبه في الشق الذى يليه تحرزا عن تضييع المال (وأما) قوله ولا مانع في الاساس من الاجبار على قسمته فالمراد من الاساس عرصة الجدار وجوابه واضح في القسمة في نصف الطول وكل العرض وأما في الطول ونصف العرض فالذي أجاب به احد الوجهين وفيه وجه آخر كما قدمنا والاصح عند العراقيين وغيرهم ما أجاب به والله أعلم * قال (والقول الجديد أنه لا يجبر (م ح) على العمارة في الاملاك المشتركة لانه ربما يتضرر بتكليفه العمارة نعم لو انفرد الشريك الآخر فلا يمنع لانه عناد محض ثم ان أعاد الجدار بالنقض المشترك عاد ملكا مشتركا كما كان ولو تعاون ا على العمل فكمثل ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر أن يكون ثلثا الجدار له صح وكان سدس النقض عوضا عن عمله المصادق لملك الشريك وإذا انهدم العلو والسفل وقلنا ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على العمارة فله أن يعمر بنفسه فان عمر فليس (و) له منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله ولا أن يغرمه (و) قيمة ما بناه من الجدار والسقف ومن له حق إجراء الماء في ملك الغير فلا يجبر على العمارة بحال) * (الامر

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٣١٩/١٠

الثالث) العمارة فأذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه لاستهدامه أو من غير استهدامه ففى التهذيب وغيره أن النص اجبار الهادم على اعادته وان القياس أنه يغرم النقصان ولا
يجبر على البناء لان الجدار ليس بمثلى ولو استهدم الجدار بنفسه أو هدماه معا اما لاستهدامه أو لغير استهدامه ثم امتنع أحدهما عن العمارة فقولان (القديم) وبه قال مالك واحمد في المشهور عنهما أنه يجبر الممتنع على العمارة دفعا للضرر عن الشركاء وصيانة للاملاك المشتركة عن التعطيل (والجديد) أنه لا يجبر كما لا يجبر على زراعة الارض المشتركة وكما ان طالب العمارة قد يتضرر بامتناع الشريك فالشريك." (١)

"في الرد بالعيب إذا جرى **بالتراضي** (وقوله) تثبت الشفعة فيما جعل اجرة معلم بالحاء ويجوز أن يعلم بالواو لان في أمالى أبي الفرج السرخسي أن صاحب التخليص قال إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم ولا بالقرض فلا شفعة فيه لانه تعذر أخذه بما ملك به المتملك وهو غريب (وقوله) أو صلح عن دم عمد ربما يبحث فيه عن سبب التيقيد بالعمدية واعلم أن الجناية على النفس فما دونها تنقسم إلى." (٢)

"الوجه أو أخذه **بالتراضي** وقدم الثالث نظر إن أخذ من الاول نصف ما في يده ولم يتعرض للثاني فلا كلام قاله في التتمة وان أراد أن ياخذ من الثاني ثلث ما في يده فله ذلك لانه يقول ما من جزء إلا ولى ثلثه وان ترك الثاني حقه حيث لم يشاطر الاول فلا يلزمني أن أترك حقي ثم له أن يجئ إلى الاول فيقول ضم ما معك إلى ما أخذته لنقسمه لانا متساويا القدر والشقص والحالة هذه انما تصح قسمته من ثمانية عشر لانا نحتاج إلى عدد له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني وستة في يد الاول ثم ينتزع الثالث من يد الثاني واحد ويضمه إلى الستة في يد الاول تكون سبعة يقتسمانها بينهما وسبعة لا تنقسم على اثنين فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر وكان في يد الثاني من التسعة بعد انتزاع الثالث منه ما انتزع اثنان نضربهما في المضروب في المسألة يكون له أربعة فهى حصته تبقى أربعة عشر يأخذ كل واح د من الاول والثالث منهما سبعة فإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين هذا ما ذكره الاكثرون ونقلوه عن ابن سريج وحكي الامام عن القاضي حسين أنه لما ترك الثاني سدسا على الاول كان عافيا عن بعض حقه يبطل جميعه على الظاهر كما سبق فينبغي ان يسقط حق الثاني بالكلية ويكون الشقص بين الاول والثالث (ومنها) قال ابن الصباغ لو حضر اثنان وأخذا الشقص ثم حضر الثالث وأحدهما غائب فان قضى له القاضي على الغائب أخذ من كل واحد من الحاضر والغائب ثلث ما في يده لانه الذي يستحقه منه الثاني يأخذ نصف ما في يده لانه إذا غاب أحدهما فكان الحاضرين هما الشفيعان فيسوى بينهما ثم لو حضر الغائب وقد غاب الحاضر فان

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٣٢٠/١٠

(٢) الشرح الكبير للرافعي، ٤٣٢/١١

كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث ما في يده أخذ من هذا الذي قدم ثلث ما في يده أيضا وان كان قد أخذ نصف ما في يده أخذ من القادم سدس ما في يده ويتم نصيبه بذلك." (١)

"(الباب الثالث فيما يسقط به حق الشفعة) قال (وفيه ثلاثة أقوال (الاول) الجديد أنه على الفور (م).

قال صلى الله عليه وسلم (الشفعة كحل العقال) (والثاني) أنه يبقى ثلاثة أيام (والثالث) أنه يتأبد فلا يبطل الا بابطال أو دلالة الابطال (و).

لاشك أن حق الشفعة يعرض له السقوط ومقصود الباب بيان أنه بم يسقط وسبيل التدريج إليه أن قول الشافعي رضى الله عنه اختلف في أنه تثبت على الفور أم على التراضي (وأصح) القولين وهو المنصوص في الكتب الجديدة على الفور الماوردى أنه صلى الله عليه وسلم قال (الشفعة كحل العقال) (١) أي أنها تفوت إذا لم يبتدر إليها كالبعير الشرود يحل عنه العقال إن قيدت ثبتت والا فاللوم على من تركها.

وأيضا فانه حق خيار ثبت في البيع بنفسه لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب (والثاني) أنه على التراخي وعلى هذا ففى تقرير مدته قولان (أظهرهما) أنها تمتد إلى ثلاثة أيام ل ا ن الحكم بالفور يضر بالشفيع فانه قد يحتاج إلى تأمل ونظر والحكم بالتأبيد يضر بالمشترى لانه لا يأمن

من أخذ الشفيع فتفوت عليه العمارة والتصرف فلابد من حد فاصل فجعلت الثلاثة حدا كما في خيار الشرط وغيره (والثاني) عن حكاية صاحب التقريب أنه يمتد إلى أن تمضي مدة التدبر في ملك." (٢)

"وليس كلامنا فيما كره منها ، وإنما الكلام فيما استحب منها ، وهو ما استثناه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – منها .

فصل في شروط البيع

فصل : في شروط البيع فإذا ثبت ما ذكرنا في حقيقة البيع وانتقال الملك به : فقد ذكر الشافعي في كتاب الأم ما يلزم به البيع ، وما يجوز أن يفسخ به البيع . فقال : وجماع ما يجوز من كل بيع آجل وعاجل ، وما لزمه اسم بيع بوجه ، لا يلزم البائع والمشتري حتى يجتمعا أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به ولا يعقداه بأمر منهي عنه ، ولا على أمر منهي عنه ، وأن يتفرقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي بالبيع ، فإذا اجتمع هذا لزم كل واحد منهما البيع فلم يكن له رده إلا بخيار ، أو في عيب يجده ، أو شرط يشترطه ، أو خيار الرؤية – إن جاز خيار الرؤية – ومتى لم يكن هذا لم يقع البيع بين المتبايعين . وحكى المزني عن الشافعي في جامعه الكبير مثله سواء . فأراد الشافعي بهذه الجملة أن يبين شروط العقد ، وشروط الرد . فأما شروط العقد التي يصير بها لازما في البيع فأربعة : أحدها : أن يتبايعاه

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٤٨٧/١١

(٢) الشرح الكبير للرافعي، ٤٩٠/١١

برضا منهما بالتبايع به حتى لا يكونا مكرهين ولا أحدهما : لأن بيع المكره لا يصح . والثاني : أن لا يعقداه بأمر منهي عنه يعني بذلك الأجل المجهول ، والشروط المبطلة للعقود ، وما ورد النهي في تحريمه من البيوع كالملامسة والمنابذة . والثالث : أن لا يعقداه على أمر منهي عنه ، يعني بذلك الأعيان المحرمة : كالخمر والخنزير ، وما لا منفعة فيه : كالهوام والحشرات . وهذه الثلاثة هي شروط في صحة العقد ، فمتى أخل بشرط منها ، فسد العقد . والرابع : أن يفترقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي بالبيع . وهذا شرط في لزوم العقد بعد وقوع صحته . وكان ابن المرزبان وغيره من أصحابنا يضمون إلى الأربعة شرطا خامسا : وهو أن يكون المتبايعان جائزي الأمر ، فلا يكونا ، ولا أحدهما ، محجورا عليه بصغر أو جنون ، أو سفه : لأن بيع المحجور عليه باطل . وامتنع سائر أصحابنا من تخريج هذا الشرط الخامس . وأجابوا عنه بجوابين : أحدهما : أن هذا شرط في البائع لا في البيع ، والشافعي إنما ذكر شروط البيع ، وهذا جواب البغداديين . ." (١)

" رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب ، فقالت : أرأيت لو أخذت رأس مالي . قالت : فتلت عائشة رضي الله عنها قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف [البقرة :] . قالوا فلما أبطلت عائشة رضوان الله عليها البيع وجهاد زيد لم يجز أن يكون عن اجتهاد منها بل عن نص وتوقيف لأمرين : أحدهما : أن القياس لا يقتضيه . والثاني : أن إبطال الجهاد بالاجتهاد لا يجوز فثبت أن قول عائشة رضي الله عنها محمول على سماعها ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم . قالوا وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه سئل عمن باع حريرة بمائة درهم ، ثم اشتراها بخمسين درهما ، فقال : دراهم بدراهم متفاضلة وحريرة دخلت بينهما . قالوا : ولأن ذلك ذريعة إلى الربا ومؤديا إليه ، وما كان مؤديا إلى الربا كان ممنوعا لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه " . وقال صلى الله عليه وسلم : " لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها " . يعني بقوله جملوها أي أذابوها فلعنهم : لأنهم فعلوا ما أداهم إلى الحرام . ولأن البائع في ابتياعه الثاني قد استفضل زيادة ليس في مقابلتها عوض فوجب أن يمنع منه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن . والدلالة على ما ذهبنا إليه من جواز البيع عموم قوله تعالى وأحل الله البيع [البقرة :] ولأن كل سلعة جاز بيعها من غير بائعها بثمن جاز بيعها من بائعها بذلك الثمن كالعرض . ولأن كل سلعة جاز بيعها من شخص بعرض جاز بيعها منه بقيمة ذلك العرض كالأجنبي . ولأنه بيع لا يحرم التفاضل في عوضه فوجب أن لا يكون الرجوع في تقدير ثمنه إلى عاقد كالبيع الأول . ولأن لكل واحد من العقدين حكم نفسه بدليل أن كل واحد منهما يصح مع التراضي ويبطل مع الإكراه ويفتقر إلى البدل والقبول ، وإذا انفرد كل واحد منهما بحكم نفسه لم يجز اعتبار أحدهما بالآخر ولا بناء أحدهما على الآخر . وأما الجواب عن استدلالهم بحديث عائشة رضي الله عنها فمن وجوه : أحدها : ضعف إسناده ووهاء طريقه . قال الشافعي : قلت لمن احتج بهذا الحديث : أتعرف هذه المرأة . فقال : لا . فقلت : كيف يصح لك الاحتجاج بحديث من لا

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٣/٥

تعرفه على أن أبا حنيفة لا يقبل من أحاديث النساء إلا ما روته عائشة وأم سلمة . والجواب الثاني : أن عائشة رضي الله عنها إنما أبطلت البيع إلى العطاء : لأنه أجل مجهول والآجال المجهولة يبطل بها البيع . ." (١)

" ليكون له شبر من عرض البناء والعرصة من الطول كله لم يجب إليها جبرا ، ولا يصح ذلك بينهما تراضيا واختيارا ، وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به وبصاحبه ، لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه ، وإن أراد وضع شيء عليه وقع الثقل على ما لشريكه فأضر به . فإن قيل : فهلا جاز ذلك بتراضيهما ؟ قيل : إن تراضيا بهدمه في الحال والاقتسام بآلته جاز . وإن تراضيا بقسمته بناء قائما ، وتحديد ما لكل واحد منهما متصلا لم يجز ، وإن لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد . وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولا ليكون لكل واحد منهما نصفه طولا في العرض كله جازت **بالتراضي** . وفي جواز الإجبار عليها وجهان : أحدهما وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي : لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها ؛ لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار له إلا بهدم شيء من نصف ص ا حبه فصارت ضررا عليهما . والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : يجبره على هذه القسمة بالقرعة ، لأن الضرر على كل واحد منهما في هدم حصته يسير فلم يمنع من القسمة : ولأنه قد يمكن وله إزالة الضرر بقطع الحائط بينهما بالمنشار فلا ينهدم من حصة الآخر شيء .

مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو هدماه ثم اصطلحا على أن يكون لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه على أن يحمل كل واحد منهما ما شاء عليه إذا بناه فالصلح فاسد ، وإن شاءا أو واحد منهما قسمت أرضه بينهما نصفين " . قال الماوردي : وهذا كما قال . إذا هدم الشريكان حائطا بينهما ثم اصطلحا عند بنائه بمالهما أن يكون لأحدهما ثلثه ، وللآخر ثلثاه ، على أن يحمل كل واحد منهما عليه ما شاء من أجذاع وغيرها فهذا صلح باطل لثلاثة معان : أحدها : أنه بذل بصلحه على الثلث بعد ملكه النصف سدسا بغير عوض ، وبذل الملك في الصلح إذا كان عبثا ب غ ير عوض لا يصح . ." (٢)

"ثم ينظر في المصالح فإن كان ما اختار الفسخ عند فراقه قبل قبض البقية فلا خيار له في الفسخ لأن فراقه قبل قبض الباقي رضى منه بتفريق الصفقة فلم يكن له فسخها بعد **التراضي** . وإن كان أنكر فراقه قبل قبض الباقي فهو بالخيار بين أن يقيم أو يفسخ ، فإن فسخ رد ما قبض وطالب بالدنانير التي كانت له . وإن أقام فعلى طريقة أبي إسحاق يجعل فيما يأخذ به المطلوب المقبوض قولين : أحدهما : يأخذه بكل الدنانير . والثاني : بالحساب والقسط . وعلى طريقة غيره يجعل المقبوض مأخوذا بحسابه وقسطه قولا واحدا .

فصل : فأما إذا صالحه من مائة دينار على نصفها فهذا حطيطة وإبراء يجوز أن يفارقه فيها قبل القبض . لأن صحة

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي، ٢٨٨/٥

(٢) الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي، ٣٩٧/٦

الإبراء لا تكون موقوفة على قبض ما بقي .

فصل : ولو صالحه من المائة دينار على ثوب أو عبد ففي استحقاق قبضه قبل الافتراق وجهان : أحدهما : لا يستحق ويجوز الافتراق فيه قبل القبض ؛ لأنه لا ربا في بيع الدنانير بثوب أو عبد . والوجه الثاني : يستحق ويبطل الصلح فيه بالتفرق قبل القبض ؛ لأن تأخير القبض فيه يجعله بيع دين بدين .

مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " وإذا أقر أحد الورثة في دار في أيديهم بحق لرجل ثم صالحه منه على شيء بعينه فالصلح جائز والوارث المقر متطوع لا يرجع على إخوته بشيء " . قال الماوردي : وصورتها في رجل مات وترك دارا على ورثته فادعى رجل أن الدار له وأن المتوفى كان قد أخذها منه إما بغصب أو إجارة أو عارية فصدقه أحد الورثة على دعواه وأقر له بالدار وصالحه منها على مال فهذا على ثلاثة أقسام : أحدها : أن يصالحه على قدر حصته من الدار . ." (١)

" الحق إذا لزمه فالمستحق عليه أداؤه لا نقله ، ألا ترى أنه إذا سئل نقل الحق إلى عين يعطيها بدلا من الحق لم يلزمه ، وكذا لو سئل نقله إلى ذمة أخرى لم يلزمه .

فصل : وأما المحتال (من أركان الحوالة) تعريفه وشرطه فهو صاحب الحق الذي نقله من ذمة المحيل إلى ذمة أخرى ورضاه بنقل الحق شرط في صحة الحوالة ، وليس قبولها واجبا عليه ، وقال داود وأبو ثور قبولها إذا أحيل على مليء واجب عليه لقوله صلى الله عليه وسلم إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل ، وهذا أمر يقتضي الوجوب ، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : إن لصاحب الحق يدا ومقالا فكان عاما . ولأن الحقوق التي في الذمم قد تنتقل تارة إلى ذمة بالحوالة ، وتارة إلى عين بالمعاوضة ، فلما ثبت أن نقله إلى العين لا يلزم إلا **بالتراضي** ، فنقله إلى الذمة أولى ألا يلزم إلا **بالتراضي** : لأنه بنقله إلى عين أخرى قد وصل إلى حقه ، وبنقله إلى ذمة أ خرى لم يصل إلى حقه ، ولأن ما ثبت في الذمة قد يكون تارة سلما وتارة دينا فلما لم يلزم قبول الحوالة في السلم لم يلزم قبول الحوالة في الدين ، أما الخبر فمحمول على الإباحة لأنه وارد بعد حظر وهو نهيه عن بيع الدين بالدين .

فصل : وأما المحال عليه (من أركان الحوالة) تعريفه وشرطه فهو من انتقل الحق بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمته ، وظاهر مذهب الشافعي أن رضاه غير معتبر في صحة الحوالة ، بل تتم برضا المحيل والمحتال سواء رضي بذلك المحال عليه أم لم يرض ، وبه قال من أصحابنا أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة ، وقال أبو إبراهيم المزني وأبو عبد الله الزبيري وأبو سعيد الإصطخري وأبو حفص بن الوكيل : الحوالة لا تتم إلا برضا المحال عليه فإن لم يقبلها ولم يرض بها لم تصح ، وبه قال أبو حنيفة ومالك استدلالا بأن من كان وجوده في الحوالة شرطا كان

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٦/٤٠٩

رضاه فيها شرطا كالمحيل والمحتال . ولأن الدين قد يتعلق بالذمة أصلا وبالرهن فرعا ، فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولي الرهن غيره فأولى ألا يكون له أن يولي الذمة غيره ولأنه ربما كان صاحب الدين أسهل اقتضاء وأسهل معاملة وأسمح قبضا ، فلا يرضى من عليه الدين بمعاملة غيره : لأنه بخلاف معاملته ، فلذلك كان بقاء الدين بالحوالة موقوفا على قبوله ، ودليلنا أن من عليه الدين مملوك الذمة ، فلم يكن رضاه معتبرا في نقل الملك كبيع العبد المملوك ، ولأن بالحوالة يزول ملكه عن الدين كالإبراء . فلما لم يكن رضا المبرأ معتبرا في صحة البراءة ، لم يكن رضا المحال عليه معتبرا في صحة الحوالة ، ولأن مالك الدين مخير في استيفائه بنفسه وبغيره ، كالوكيل وكذلك بالمحتال . " (١)

"

[النساء : ٢٩] فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التمليك . وروى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : على اليد ما أخذت حتى تؤدي . فجعل الأداء غاية الأخذ ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها ، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه ، ثم ثبت أن الغاصب لو كان قادرا على العبد المغصوب فكتمه وبذل قيمته لم يملكه ، فإذا بذلها مع العجز عنه فأولى أن لا يملكه . ويتحرر منه قياسان : أحدهما : أن كل ما لم يملك بالقيمة مع القدرة عليه فأولى أن لا يملك بالقيمة مع العجز عنه ؛ قياسا عليه إذا كانت القيمة من غير نقد البلد ، أو كانت من نقد البلد فلم تقبض . والثاني : أن كل ما لم يملك بالقيمة من غير نقد البلد ، لم يملك بالقيمة من نقد البلد ؛ قياسا على المكتوم ؛ ولأن تملك الشيء عن رضى مالكه أشبه بالصحة من تملكه بكره مالكه ، ثم ثبت أنهما لو تبايعا الآبق عن تراض لم يملكه ، فأولى إذا صار إلى قيمته مع الإكراه أن لا يملك . ويتحرر من اعتلاله قياسان : أحدهما : أنها معاوضة من غير مقدور عليه فوجب أن لا يملك كالبيع . والثاني : أن ما لم يملك بثمن المراضاة فأولى أن لا يملك بقيمة الإكراه ، كأم الولد إذا وجدها الغاصب بعد دفع القيمة ؛ لأن حكم الحاكم أبلغ في صحة التمليك ما لم ينفذ فيه حكم الحاكم ، فلما كان أخذ القيمة بحكم الحاكم عند تكاذبهما فيها وإحلاف الغاصب عليها لا يوجب تمليك المغصوب ، فأولى إذا تجردت لتصادقهما عليها من حكم حاكم ، أن لا يوجب تملك المغصوب . ويتحرر من اعتلاله قياسان : أحدهما : أنها غرامة إتلاف فوجب أن يمنع من الملك قياسا على أخذها بحكم . والثاني : أن ما لم يملك بالغرم عن حكم لم يملك بالغرم من غير حكم قياسا على التالف قبل الغرم ؛ ولأن كل بدل جاز المصير إليه لفقد مبدله كان وجود المبدل مانعا في التصرف في بدله كالمتيمم إذا وجد الماء ، وآكل الميتة إذا وجد الطعام ؛ ولأن كل بدل وجب بفوات مبدل كان عود المبدل موجبا لسقوط البدل قياسا على الجاني على عين فابيضت ثم زال بياضها ، أو على يد فشلت ثم زال شللها ؛ ولأن ما أوجب ملك بدله تمليك مبدله ، كان امتناع ملك المبدل مبطلا لملك البدل كالبيع لا يملك به ثمن أم الولد ؛ لأنها لا تملك ويملك به ثمن غيرها مما يملك ، فلما استوى في الغصب بدل ما يجوز أن يملك من الأموال ، وما لا يجوز أن يملك من الأوقاف وأمهات الأولاد ، دل على أن ملك البدل فيه لا يوجب تمليك مبدله ، وبهذا يكون الانفصال عن دلائلهم

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٦/٤١٨

فتأمله تجده مقنعا ، ثم المعنى في البيع الذي جعلوه أصلا في الاستدلالين أن الثمن فيه موضوع للتمليك ، والقيمة في الغصب غير موضوعة للتمليك ، ألا ترى

" (١).

"

دراهم فحصل معه دنانير فعليه بيع الدنانير بالدراهم حتى يحصل معه رأس المال إذ لا فرق ورأس المال دراهم بين أن يكون المال عرضا ، أو دنانير ؛ لأنهما معا من غير جنس رأس المال . فلو حصل في مال القراض من الدراهم بقدر رأس المال ، وكان باقيه من الربح عرضا لم يلزم العامل بيعه ؛ لأن رب المال قد وصل إلى رأس ماله ، وكانا شريكين في الربح من العرض ، ولا يلزم واحدا منهما بيعه إلا بالتراضي عليه ، وكان حكمهما في قسمته على ما يوجبه حال ذلك العرض من قسمته جبرا ، أو صلحا ، أو البيع منهما جبرا ، أو صلحا .

مسألة : قال المزني رحمه الله تعالى : " وإذا دفع مالا قراضا في مرضه وعليه ديون ثم مات بعد أن اشترى وباع وربح أخذ العامل ربحه واقتسم الغرماء ما بقي من ماله " . قال الماوردي : وهذا صحيح . يجوز للمريض أن يدفع مالا قراضا لما فيه من تثمير ماله ، وسواء قارض العامل على تساو في الربـح ، أو تفاضل ، وكان أقلهما سهما ، أو أكثر ، ويكون ما يصل إلى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث ؛ لأنه بيسير الربح واصل إلى ما لم يكن واصلا إليه لو كف عن القراض . وهكذا الخلاف فيمن أجر دارا بأقل من أجرة المثل ؛ لأنه قد كان مالكا للمنفعة فإذا عاوض عليها في مرضه ببعض الأجرة فقد أتلف ملكه ، فكان معتبرا في الثلث وليس رب المال مالكا لربح المال الذي صار إلى بعضه فلذلك كان من رأس المال ، والله أعلم . فأما المريض إذا ساقى على نخلة في مرضه بأقل السهمين من الثمرة ودون مساقاة المثل في العادة الحكم ففيه وجهان : أحدهما : أنه من رأس المال أيضا ؛ لأنه لم يكن مالكا للثمرة حين ساقى كما لم يكن مالكا للربح حين قارض . والوجه الثاني : أن ما نقص من سهمه في مساقاة المثل محاباة يعتبر في الثلث ، والفرق بينها وبين القراض أن ثمرة النخل في المساقاة قد تحصل بغير عمل ، وربح الم ا ل في القراض لا يحصل إلا بعمل .

فصل : فإذا تقرر صحة القراض من رأس المال في قليل الربح وكثيره ، تولى رب المال إن كان حيا محاسبة العامل ، واستوفى منه الأصل وحصة الربح ، وإن مات قام غيره مقامه في محاسبة العامل ، واستيفاء الحقين من أصل وربح . فإن مات مفلسا وكثرت ديونه عن ماله قدم العامل بحصته من ربح المال على سائر

" (٢).

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢١٧/٧

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٤٨/٧

"

أحدهما : وهو مذهب المزني : أن الإجارة باطلة : لأنه لما لم يخيره بين الأمرين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهولا ، وهذا قول أبي إسحاق . والوجه الثاني : وهو ظاهر كلام الشافعي ، وقاله ابن أبي هريرة أن الإجارة صحيحة ، وله أن يزرع النصف ، ويغرس النصف : لأن جمعه بين الأمرين يقتضي التسوية بينهما ، فلو زرع جميعها جاز : لأن زرع النصف المأذون في غرسه أقل ضررا ، ولو غرس جميعها لم يجز : لأن غرس النصف المأذون في زرعه أكثر ضررا .

مسألة : قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : " وإن انقضت سنوه لم يكن لرب الأرض أن يقلع غرسه حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرته إن كانت فيه يوم يقلعه (قال الشافعي) رحمه الله : ولرب الغراس إن شاء أن يقلعه على أن عليه ما نقص الأرض ، والغراس كالبناء إذا كان بإذن مالك الأرض مطلقا " . (قال المزني) – رحمه الله – : القياس عندي وبالله التوفيق أنه إذ ا أجل له أجل له أجلا يغرس فيه ، فانقضى الأجل أو أذن له ببناء في عرصة له سنين وانقضى الأجل أن الأرض والعرصة مردودتان : لأنه لم يعره شيئا ، فعليه رد ما ليس له فيه حق على أهله ، ولا يجبر صاحب الأرض على غراس ولا بناء إلا أن يشاء ، والله عز وجل يقول : إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وهذا قد منع ماله إلا أن يشتري ما لا يرضى شراءه ، فأين التراضي ؟ . قال الماوردي : وصورتها فيمن استأجر أرضا ليبني فيها ويغرس فانقضى الأجل ، والبناء والغراس قائم في الأرض ، فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرسا ، فإن فعل كان متعديا وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء ، فأما القائم في الأرض قبل انقضاء الأجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال : أحدها : أن يشترطا قلعه عند انقضاء المدة ، فيؤخذ المستأجر بقلع غرسه وبنائه لما تقدم من شرطه ، وليس عليه تسوية ما حدث من حفر الأرض : لأنه مستحق بالعقد . والحال الثانية : أن يشترطا تركه بعد انقضاء المدة أي الزرع فهل يفسد العقد بهذا الشرط ؟ فيقر ، ولا يفسد العقد بهذا الشرط : لأنه من موجباته لو أخل بالشرط ، ويصير بعد انقضاء المدة مستعيرا على مذهب الشافعي – رضي الله عنه – فلا تلزمه أجرة ، وعلى مذهب المزني : عليه أجرة ما لم يصرح له بالعارية ، فإن قلع المستأجر غرسه وبناءه لزمه تسوية ما حدث من حفر الأرض : لأنه لم يستحقه بالعقد ، وإنما استحقه بالملك . وهذا قول جميع أصحابنا ، وإنما اختلفوا في تعليله ، فقال بعضهم : العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد ، وهو التعليل الذي ذكرناه ، فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لم يلزمه تسوية الأرض . والحال الثالثة : أن يطلقا العقد فلا يشترطان فيه قلعه ، ولا تركه فينظر ، فإن كان قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائما ، أخذ المستأجر بقلعه : لأنه لا ضرر يلحقه فيه ولا نقص
". (١)

"يعني : الزوج الموسر ، والزوج المعسر . والوجه الثاني : تعتبر بها حال الزوجين على ظاهر كلامه ، فتعتبر حال الزوج في يساره وإعساره ، وتعتبر بها حال الزوجة ، واختلف أصحابنا فيما نعتبره من حال الزوجة على وجهين : أحدهما

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤٦٧/٧

: أنه يعتبر سنها ونسبها وجمالها ، كما يعتبر في مهر المثل . والثاني : أنه يعتبرها حال قماشها وجهازها ، في قلته وكثرته ؛ لأنها عوض من أخلاقه ومؤنة نقله . وهذا وجه مردود ؛ لأنه ليس الجهاز مقصودا فيعتبر ، ولو اعتبر في المتعة لكان اعتباره في المهر أحق ، ولوجب ألا يكون متعة لمن لا جهاز لها .

فصل : وأما المفوضة التي فرض لها مهر ، وذلك قد يكون بأحد وجهين : إما بأن يتراضى الزوجان بفرضه وتقديره ، على ما سنذكره . وإما بأن يفرضه الحاكم ، فيصير بالفرض بعد التفويض كالمسمى في العقد ، فإن طلقها قبل الدخول المفوضة فلها نصف المفروض دون المتعة . وقال أبو حنيفة : يبطل المفروض بالطلاق قبل الدخول ، ويثبت حكم التفويض في وجوب المتعة كالتي لم يفرض لها مهر ، بناء على أصله في أن المفوضة وجب لها بالعقد مهر وسقط بالطلاق ، واستدلالا : بأنه نكاح خلا عن ذكر مهر فوجب أن يستحق فيه بالطلاق قبل الدخول المتعة ، قياسا على غير المفروض لها مهر . ودليلنا قول الله تعالى : وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم [البقرة : ٢٣٧] . فكان قوله : وقد فرضتم لهن فريضة على عموم الحالين فيما فرض في العقد أو بعد العقد ، وإن كان بالمفروض بعد العقد أشبه ، فجعل الله تعالى له استرجاع نصفه . وأبو حنيفة يوجب استرجاع جميعه ، فكان قوله مدفوعا بالنص . وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أدوا العلائق ، قيل : وما العلائق ؟ قال : ما تراضى به الأهلون ، فكان على عموم التراضي في حال العقد وبعده . ومن طريق القياس : أنه فرض يستقر بالدخول فوجب ألا يسقط بالطلاق قبل الدخول كالمسمى في العقد ، ولأن هذا المفروض بمنزلة المسمى في استقراره بالموت ، فوجب أن يكون بمنزلته في الطلاق قبل الدخول . فأما بناء أبي حنيفة ذلك على أصله فمخالف فيه . وأما قياسه : فالمعنى في المفوضة أنه لا يجب بالموت مفروض ، وتستحق المطالبة ." (١)

"فإذا تقرر أن المهر يلزم بفرضهما كما يلزم بفرض الحاكم ، فإن فرضاه مع علمهما بقدر المثل صح ، وجاز أن يفرضا مهر المثل ، وأكثر منه وأقل ، وأن يعدلا إلى عوض من ثوب أو عبد ، بخلاف الحاكم الذي لا يجوز أن يعدل عن جنس المهر ومقداره ؛ لأن فرض الزوجين كالتسمية في العقد ، وإن فرضاه مع جهلهما بمهر المثل ففي جوازه قولان : أحدهما – وهو قوله في الجديد – : أنه لا يجوز الفرض ، ويكون باطلا كالتي لم يفرض لها ، كما لو فرضه الحاكم ، وهو غير عالم ، ولأنه يتضمن معنى الإبراء من مجهول . والقول الثاني – وهو قوله في القديم – : أنه يجوز ، ويصح الفرض ؛ لأنه معتبر بالمسمى في العقد ، وإن جهلا مهر المثل ، كذلك ما فرضاه بعد العقد . وهذان القولان يترتبان على اختلاف قوليه في الذي يجب لها ، هل هو مهر المثل ، أو مهر مطلق ؟ فإن قيل : مهر المثل ، لم يصح فرضهما إلا بعد علمهما به . وإن كان مهر مطلق صح فرضهما مع الجهل به .

فصل : وأما الثالث : مما يجب به مهر المفوضة ، فهو الدخول ؛ لأن المهر لما وجب بوطء الشبهة فأولى أن يجب

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤٧٨/٩

بالوطء في نكاح صحيح ، والواجب بهذا الدخول هو مهر المثل قولا واحدا ، سواء تعقبه موت أو طلاق . وإذا وجب بالدخول ، فتقديره يكون لحكم الحاكم ، وإن تقدم وجوبه على حكمه ، فيكون حكمه مقصورا على تقديره دون إيجابه ، وحكمه فيما تقدم مشتمل على التقدير والإيجاب . فإن قدره الزوجان لم يصح تقديرهما إلا مع علمهما به ، قولا واحدا ؛ لأن المهر هاهنا قيمة مستهلك ، فإن جهلاه أو أحدهما لم يصح تقديره ، وكان على إرساله بعد وجوبه . قال الشافعي : وأستحب ألا يدخل بها ، إلا بعد فرض المهر ؛ ليكون مستمتعا بمهر معلوم ، وليخالف حال الموهوبة التي خص بها رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فصل : وأما الرابع : فهو الموت ، وفي وجوب مهر المفوضة به قولان مضيا ، ثم إن أوجبناه فهو مهر المثل ، ولا يقدره إلا الحاكم وحده ، فإن قدره مع الباقي من الزوجين أجنبي علم قدره ، فإن فعل ذلك ليؤديه من ماله جاز ، كما لو قضى دينا عن ميت ، أو قضاه عن حي لورثة ميت ، وإن فعل ذلك ليؤخذ من مال الزوج ، ففي جوازه إذا تراضى به الباقي وورثة الميت قولان من اختلاف قوليه في حكم غير الحاكم ، هل يلزم بالتراضي أم لا ؟ على قولين ، والله أعلم .

مسألة : قال الشافعي : " فإن فرضه فلم ترضه حتى فارقها لم يكن إلا ما اجتمعا عليه فيكون كما لو كان في العقدة " . ". (١)

" وإصلاح الخلة ، وهذا موجود في الإطعام بالغداء والعشاء كوجوده بالعطاء . ودليلنا هو أن كل ما وجب صرفه في المساكين لزم فيه العطاء والتمليك كالكسوة، ولأنه قوت وجب صرفه إلى المساكين فوجب أن يراعى فيه التمليك كالزكاة ، ولأن استهلاك الطعام كان على ملكه فلم يجزه عن كفارته أصلا إذا أباح المساكين إطعامهم ، ولأن النية في الكفارة مستحقة عند إخراجه عن ملكه، ونية الكفارة عند الغداء والعشاء متعذرة لأنه إن نوى عند التقديم كانت نية قبل الإخراج، وإن نوى عند الأكل كانت نية بعد الاستهلاك . وإن نوى مع كل لقمة شق ، ولأن التمليك أعم منفعة من الأكل ؛ لأنه يقدر على إدخاله على بيعه وعلى أكله فلم يجز أن يسقط حقهم من عموم المنافع بأخذها وفي هذا انفصال عن الاستدلال . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " وإن أعطاهم قيمة الطعام عرضا في الكفارة هل يجزأه أجزأ، فإنه أترك ما نصت السنة من الم كيلة فأطعم ستين صبيا، أو رجالا مرضى، أو من لا يشبعهم إلا أضعاف الكفارة، فما يقول إذا أعطي عرضا مكان المكيلة لو كان موسرا يعتق رقبة فتصدق بقيمتها فإن أجاز هذا فقد أجاز الإطعام وهو قادر على الرقبة وإن زعم أنه لا يجوز إلا رقبة فلم جوز العرض ؟ وإنما السنة مكيلة طعام معروفة، وإنما يلزمه في قياس قوله هذا أن يحيل الصوم وهو مطيق له إلى الضد " . قال الماوردي : وهذا قاله احتجاجا في جواز إخراج القيم في الزكوات وكذلك في الكفارات وقد تقدم الكلام معه في المنع من إخراج القيم في الزكوات وكذلك في الكفارات . ومن القياس في غير المسألة أنه أحلها بها ولم يجز إخراج القيمة في العتق . فإن قالوا : والمعنى في العتق أنه مستحق للعبد

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي، ٩/٤٨٤

وليس في العتق أنه يستحق العبد ، فإذا أخرج قيمته صارت مصروفة في غير مستحقه، وليس كذلك قيمة الطعام والكسوة لأنه انصرف في مستحق الطعام والكسوة . قلنا : لا فرق بين أن يدفع إلى المستحق غيره، وبين أن يدفع الحق إلى غير مستحقه في أنه يصرف الحق إلى غير مستحقه، ألا ترى أنه لا يجوز في حقوق الآدميين أن يدفع إلى صاحب الحق قيمته بدل حقه، كما لا يجوز أن يدفعه إلى غيره . فإن قالوا : أوليس القياس يجوز أن يدفع إلى صاحب الحق قيمة حقه عن تراض، فكذلك يجوز أن يدفع إلى المساكين قيمة ما يستحقونه عن تراض قيل : لأن حقوق الآدميين تتعين فجاز أن يقع **التراضي** على القيمة، والكفارة مستحقة لغير معين فلم يصح **التراضي** على القيمة . والله أعلم . نجز كتاب الظهار .

". (١)

"وإذا صح التحكيم فالخصمان قبل الحكم مخيران في المقام على التحكيم أو الرجوع عنه ، فإذا حكم ففي لزوم حكمه قولان : أحدهما : أن حكمه نافذ عليهما ولازم لهما ، وغير موقوف على رضاهما . والقول الثاني : أنه غير لازم لهما إلا بعد الرضا بالتزامه ، والأول أشبه ؛ لأنه لو لم يلزم لكان وسيطا ولم يكن حكما . فأما التحكيم في اللعان ففي جوازه قولان ، بناء على اختلاف قوليه في لزوم حكمه في غير اللعان : أحدهما : يجوز إذا قيل : إن حكمه في غير اللعان لازم . والثاني : لا يجوز إذا قيل : إن حكمه لا يلزم إلا بالرضا ؛ لأن حكم اللعان لا يقع ولا يقف على **التراضي** ، ولا يصح فيه العفو والإبراء كالحدود ، وكان أبو القاسم الداركي يقول : يجوز التحكيم فيه عند عدم الحاكم ، ولا يجوز مع وجوده اعتبارا بالضرورة فيه ، فأما السيد إذا زوج عبده بأمته جاز له أن يلاعن بينهما ؛ لأنه يجوز له إقامة الحد عليهما ، فصار كالحاكم مع غيرهما . ." (٢)

"بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله

مسألة : قال الشافعي رحمه الله : ولو قال المقتص : أخرج يمينك فأخرج يساره فقطعها ، وقال عمدت وأنا عالم فلا عقل ولا قصاص فإذا برئ اقتص من يمينه وإن قال لم أسمع أو رأيت أن القصاص بها يسقط عن يميني لزم المقتص دية اليد . قال الماوردي : وصورتها في رجل وجب القصاص عليه في يمناه فأخرج يسراه فقطعها المقتص ، فلا يجوز أن تكون اليسرى قصاصا باليمنى لاستحقاق المماثلة فيه ، كما لا تكون اليد قصاصا بالرجل وإن وقع به **التراضي** ، وإذا كان كذلك بدئ بسؤال فخرج يده قبل سؤال المقتص القاطع : هل أخرج يده باذلا لقطعها أو غير باذل ؟ فإن قال : أخرجتها غير باذل لقطعها وإنما أردت بإخراجها التصرف بها سأل حينئذ المقتص القاطع : هل علم أنها اليسرى أو لم يعلم ؟ فإن قال : لم أعلم أنها اليسرى وظننتها اليمنى فقطعتها قصاصا فلا قصاص على هذا المقتص في اليسرى وإن لم يكن قصاصا في اليمنى ، لأنها شبهة تدرأ بها الحدود ، وعليه ديتها ، لأنه قطعها خطأ بغير حق ، وهل يسقط بذلك

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٥٢٣/١٠

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٣٤/١١

حقه من قطع اليمنى أم لا ؟ على وجهين : أحدهما : قد سقط حقه من الاقتصاص منها لاعتقاده استيفاء قصاصه ، فعلى هذا يرجع المقتص على مخرج يده اليمنى حالة في ماله ، لأنها دية عمد ، ويرجع مخرج يده اليسرى على عاقلة المقتص ، لأنها دية خطأ ، ولا يكونا قصاصا لاختلاف محلهما . والوجه الثاني : أن حقه في الاقتصاص من اليمنى باق لبقائها ، وأن الخطأ بغيرها لا يزيل الحق منها ، فعلى هذا يكون للمقتص أن يقطع يمين الجاني المخرج ليسراه إذا اندملت اليسرى ، لأن لا يوالي عليه بين قطعين فيسري قطعهما إلى تلفه ، وهذا بخلاف ما لو استحق عليه قطع يديه فإنه يجوز أن يوالي عليه في الاقتصاص منهما بين قطعهما ولا ينتظر اندمال أولاهما ، لأن قطعهما مستحق فلم ينتظر به الاندمال وفي مسألتنا الأولى غير مستحق فانتظر اندماله لاستيفاء المستحق بعده ، فإذا اقتص من اليمنى كان على عاقلته دية يسرى الجاني . وإن قال المقتص القاطع لليسرى علمت حين قطعتها أنها اليسرى القصاص في اليمنى وقطع اليسرى . ." (١)

" حتى مضى لم يجز أن يطالبهم به على الوجه الأول إذا جعل تبعا للدينار ، وجاز أن يطالبهم به على الوجه الثاني إذا جعل مقصودا كالدينار . ولو تكاثر أهل الذمة على ضيف تنازعوه كان الخيار إلى الضيف دون المضيف في نزوله على من يشاء منهم بغير قرعة ، ولو تكاثر الأضياف على المضيف كان الخيار إلى المضيف دون الأضياف إلا أن يقصر عدد أهل الناحية عن إضافة جميعهم ، فيقرع بينهم ، ويضيف كل واحد منهم من قرع ، والأولى أن يكون للأضياف عريف يكون هو المرتب لهم ، لينقطع التنازع بينهم .

فصل : وأما الفصل الثالث : في بيان الضيافة ، فيعتبر فيها ثلاثة شروط : أحدها : عدد الأضياف . والثاني : أيام الضيافة . والثالث : قدر الضيافة . فأما الشرط الأول : في عدد الأضياف ، فهو أن يشترط على الموسر ما استقر عليه من خمسة إلى عشرة ، وعلى المتوسط من ثلاثة إلى خمسة بحسب ما يقع عليه التراضي ، ليضيف كل واح د منهم القدر المشروط عليه في يساره وتوسطه ، فإن سوى بين الموسر والمتوسط في عدد الأضياف جاز مع المراضاة ، كما يجوز أن يسوي بينهم في دينار الجزية ، فإن شرط على جميع الناحية عددا من الأضياف كأنه شرط على الناحية ضيافة ألف رجل جاز ، واجتمعوا على تقسيط الألف بينهم على ما ينفقون عليه من تفاضل أو تساو ، فإن اختلفوا ، وتنازعوا إلينا قسطت بينهم على التساوي دون التفاضل ، فإن كانت لهم جزية رءوس : تفاضلوا فيها ، ففي اعتبار الضيافة بها وجهان : أحدهما : يتفاضلون في الضيافة بحسب تفاضلهم في جزية الرءوس إذا جعلت الضيافة تبعا . والثاني : يتساوون في الضيافة ، وإن تفاضلوا في الجزية إذا جعلت الضيافة أصلا . وأما الشرط الثاني : في أيام الضيافة : فالعرف والشرع فيها لكل ضيف ثلاثة أيام . أما العرف فمشهور في الناس تقديرها بالثلاث . وأما الشرع : فلقول النبي – صلى الله عليه

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٢/١٩٣

وسلم – : الضي افة ثلاثة أيام ، وما زاد عليها مكرمة . وروي : صدقة ، ولأن الضيافة مستحقة للمسافر ، ومقامه في سفره ثلاث ، وما زاد عليها مغير لحكم السفر إلى الإقامة ، والضيافة لا يستحقها مقيم ، فإن زاد في الشرط ." (١)

" والرمي ، يأخذ ولا يعطي كما يعتبر في إخراج المتناضلين المال أو يدخل بينهما محلل ثالث يأخذ ولا يعطي .

فصل : فإذا انعقد النضال بين الحزبين على ما وصفناه اشتمل الكلام بعد تمامه بإبطال المسمى فيه على ثلاثة فصول : أحدها : في حكم المال المخرج في كل حزب ، ولهم فيه حالتان : إحداهما : أن لا يسموا قسط كل واحد من جماعتهم ، فيشتركوا في التزامه بالسوية على أعدادهم من غير تفاضل فيه ، لاستوائهم في التزامه ، فإن كان زعيمهم راميا معهم دخل في التزامه كأحدهم ، كما يدخل في الأخذ معهم ، فإن لم يكن راميا لم يلتزم معهم كما لا يأخذ معهم . والحال الثانية : أن يسموا قسط كل واحد منهم في التزام مال السبق ، فهو على ضربين : أن يتساوى في التسمية ، فيصح ؛ لأنه موافق لحكم الإطلاق . والضرب الثاني : أن يتفاضلوا فيه ، ففي جوازه وجهان : أحدهما : لا يجوز لتساويهم في العقد ، فوجب أن يتساووا فـي الالتزام . والوجه الثاني : يجوز ؛ لأنه عن اتفاق لم يتضمنه فيما بينهم عقد ، فاعتبر فيه **التراضي** ، فإن شرطوا أن يكون المال بينهم مقسطا على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجز ؛ لأنه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم ، فبطل ، ولا يؤثر بطلانه في العقد ؛ لأنه ليس فيما بينهم عقد ، وكانوا متساوين فيه .

فصل : والفصل الثاني : في حكم نضالهما ، وفيما يحتسب به من الصواب والخطأ والمعتبر فيه أن يكون عدد الرشق ثلاثين أو ستين أو تسعين أو عددا يكون له ثلث صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق خمسين ولا سبعين ولا مائة ؛ لأنه ليس له ثلث صحيح . وإن كان عدد الحزب أربعة ، كان عدد الرشق أربعين أو ما له ربع صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق ما ليس له ربع صحيح ، وهكذا إن كان عدد الحزب خمسة وجب أن يكون عدد الرشق ما له خمس صحيح ؛ لأنه إذا لم ينقسم عدد الرشق على عدد الحزب إلا بكسر يدخل عليهم لـم يصح التزامهم له ؛ لأن اشتراكهم في رمي السهم لا يصح . فأما عدد الإصابة المشروطة ، فيجوز أن لا تنقسم على عددهم ؛ لأن الاعتبار فيها بإصابتهم لا باشتراكهم ، فإذا استقر هذا بينهم احتسب لزعيم كل حزب بإصابات كل ." (٢)

" في الفدية على ما مضى ، وإذا نذر أن يعتمر ماشيا كان في أول مشيه وجهان كما ذكرنا في الحج : أحدهما : من بلده ، ويحرم منه بعمرة . والوجه الثاني : من ميقاته ويحرم منه بعمرته ، وآخر مشيه إذا أحل من عمرته ، وفيما يتحلل به منهما قولان : أحدهما : بالطواف ، والسعي ، والحلق ، إن قيل إن الحلق نسك . والثاني : بالطواف ، والسعي ، إن قيل : إن الحلق إباحة بعد حظر .

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٠٥/١٤

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٤٥/١٥

فصل : وإذا قال : لله علي الحج ، فإن لم يكن عليه حجة الإسلام انصرف هذا إلى النذر ، فانعقد نذره بالحج ، وإن كانت عليه حجة الإسلام ، روعي مخرج لفظه ، فإن تضمن ما يدل على النذر ؛ لأنه جعله مجازاة على اجتلاب نفع أو دفع ضرر ، أو شرط فيه المشي الذي لا يلزم من غير النذر انصرف ذلك إلى النذر ، وانعقد نذره بالحج ، وإن لم يكن في لفظه دليل على النذر واقتصر على قوله : لله علي الحج ، فهو محتمل أن يريد به نذرا لحج ، ومحتمل أ ن يريد به الإخبار بفرض الحج ؛ فوجب لأجل هذا الاحتمال أن يرجع إلى المراد به ، فإن أراد به النذر كان نذرا ، وإن أراد به الإخبار بما عليه من فرض الحج لم يكن نذرا ، وإن لم يكن له إرادة لم ينعقد به النذر ؛ لأنه لا ينعقد بشكل محتمل .

إذا أحرم بما نذره من الحج ماشيا وفاته الحج بفوات الوقوف بعرفة

مسألة : قال الشافعي : " ولو فاته الحج حل ماشيا وعليه حج قابل ماشيا " . قال الماوردي : إذا أحرم بما نذره من الحج ماشيا ، وفاته الحج بفوات الوقوف بعرفة إما بإحصار أو مرض ، أو خطأ في عدد أو ضلال في طريق فلا يخلو حج نذره من أن يكون مطلق الزمان ، أو معينا فإن أطلق زمانه ولم يقيده بسنة بعينها ، جاز له تعجيله في أول عام ، وجاز له تأخيره إلى غيره من الأعوام ؛ لأن حجة الإسلام أوكد وهي على التراخي ، فكان حج النذر أولى أن يكون على **التراضي** . فإذا أحرم به في عام ، ومشى فيه حتى فاتـه الحج بأحد ما ذكرنا ، وجب أن يتحلل منه بعمل عمرة من طواف ، وسعي وحلاق ، وفي لزوم المشي فيما يتحلل به بعد الفوات قولان : أحدهما : يمشي فيه لاستحقاقه بالنذر ، وهو الذي نقله المزني هاهنا . والقول الثاني : يجوز له أن يركب فيه ؛ لأن ما يتحلل به بعد الفوات غير مجزئ عن نذره ، فسقط المشي فيه كما سقط توابع الوقوف من الرمي والمبيت ثم عليه قضاء ." (١)

"عزل القاضي : ويجوز للإمام أن يعزل من قلده ولا يجوز للقاضي أن يعزل من قلده الإمام إلا أن يكون مستنابا عنه . ففي جواز تفرد القاضي بعزله من قلده الإمام وجهان : أحدهما : يجوز كما لو كان هو المستنيب . والوجه الثاني : لا يجوز لافتياته على الإمام في اختياره له . تقليد أهل البلد للقاضي : فلو خلا بلد من قاض فقلد أهل البلد على أنفسهم قاضيا منهم كان تقليدهم له باطلا إن كان في العصر إمام لافتياتهم عليه فيما هو أحق به . ولم يجز أن ينظر بينهم ملزما فإن نظر بطلت أحكامه وصار بها مجروحا ، ويجوز أن ينظر بينهم متوسطا مع **التراضي** . والأولى أن يعتزل الوساطة بينهم لئلا يتشبه بذوي الولايات الصحيحة لما تقدم من التقليد . فإن خلا العصر من إمام ، فإن كان يرجى أن يتجدد لإمام نظر بعد زمان قريب كان تقليد القاضي باطلا كما لو كان الإمام موجودا لقرب زمانه . وإن لم يرج تجديد إمام قريب نظرت أ حوالهم فإن أمكنهم أن يتحاكموا إلى قاضي أقرب البلاد إليهم كان تقليدهم للقاضي باطلا . وإن لم يمكنهم التحاكم إلى غيره نظر فإن لم يمكنهم أن ينصروه على تنفيذ أحكامه كان تقليدهم له باطلا لقصوره عن قوة الولاة

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٤٧٤/١٥

وإن أمكنهم نصره وتقوية يده كان تقليده جائزا حتى لا يتغالبوا على الحقوق إذا اجتمع على تقليده جميع أهل الاختيار منهم وإن لم يتعين في تقليد الإمام اجتماع أهل الاختيار كلهم والفرق بينهما أن ولاية الإمام عامة في جميع البلاد التي لا يمكن اجتماع أهلها على الاختيار فسقط اعتبار اجتماعهم لتعذره ، وولاية القاضي خاصة على بلد واحد يمكن اجتماع أهل الاختيار عليه فلزم اعتبار اجتماعهم لإمكانه . فعلى هذا إن قلده بعض أهل الاختيار منهم نظر في باقيهم فإن ظهر منهم الرضا بالسكوت وعدم الاختلاف صح التقليد وصاروا بالرضا كالمجتمعين عليه . لأنه لا يمكن أن يباشره جميعهم ، وإن ظهر منهم ال إ نكار بطل التقليد لعدم شرطه في الاجتماع . فإن كان للبلد جانبان فرضي بتقليده أهل أحد الجانبين دون الآخر صح تقليده في الجانب المرتضى فيه وبطل في الجانب المكروه فيه ، لأن تميز الجانبين كتميز البلدين . فإذا صحت ولاية هذا القاضي نفذت أحكامه ولزمت طوعا وجبرا لانعقاد ولايته . ." (١)

"أحدهما : أن يكون الاشتباه لاختلاط الدعوى واشتباه التنازع ، فينبغي للقاضي أن يأخذهما بكشف المشتبه وتمييز المختلط ، ولا يعجل في فصل التنازع بينهما مع اشتباه حالهما ، والأمر في كشف ذلك موقوف عليهما ، فإذا كشفاه فصل الحكم بينهما . والضرب الثاني : أن يكون الاشتباه لإشكال الحكم على القاضي : لاحتماله عنده ، فينبغي للقاضي أن يقف الحكم على اجتهاده فيه ، ومشاورة الفقهاء في وجه صوابه ، ولا يعجل بفصله مع الاشتباه ، فإذا بان له باجتهاده وجه الحق فيه عجل حينئذ فصله ولم يؤخره . فإن ردهما القاضي مع الاشتباه إلى وساطة متوسط بينهما لم يلزمهما الرجوع إليه . وإن سألاه ردهما إلى الوسيط لزمه الكف عن النظر بينهما ، ولم يلزمه ردهما إلى وسيط معين : لأن ردهما إليه تقليد له على النظر بينهما ، ولا يلزمه أن يقلد لهما ناظرا . فإن أجابهما إليه كان تبرعا منه وحملهما الوسيط على التراضي دون الإلزام إلا أن يرد إليه الإلزام ، فيصير حاكما وملزما . ويجوز للوسيط أن يشهد عنده بما حفظه من إقرارهما فإن شرطا عليه أن لا يحفظ عليهما إقرارا ففي شهادته عليهما وجهان من اختلاف الوجهين في الاسترعاء هل يكون شرطا في صحة الشهادة .

فصل : حكم القاضي على والديه ومولوديه أو لهما ويجوز للقاضي أن يحكم على والديه ومولوديه . وفي جواز حكمه لوالديه ومولوديه القاضي ثلاثة أوجه : أحدها : لا يجوز حكمه لهم كما لا تجوز شهادته لهم . والوجه الثاني : يجوز أن يحكم لهم وإن لم يجز أن يشهد لهم : لأن طريق الحكم ظاهر وطريق الشهادة باطن فتوجهت إليه التهمة في الشهادة ، ولم تتوجه إليه في الحكم . والوجه الثالث : أنه يجوز أن يحكم لهم بالإقرار ولا يجوز أن يحكم لهم بالبينة : لأنه قد يتهم بأن يعدل فيها من ليس بعدل ولا يتهم في الإقرار . ويجوز أن يحكم لعدوه وعلى عدوه وجها واحدا . وإن لم يجز أن يشهد عليه بخلاف الوالدين والمولودين لوقوع الفرق بينهما من وجهين : ." (٢)

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٨/١٦

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٠٢/١٦

"والضرب الثاني : أن لا يمكن تساويهما في الجيد والرديء الارض المشتركه ؛ لأن العمارة في أحد النصفين دون الآخر ، أو لأن الشجر والبناء في أحد النصفين دون الآخر ، فقسمة مثل هذا قد تكون على أحد أربعة أضرب : أحدها : أن تقسم قسمة تعديل بالقيمة على زيادة الذرع : مثاله : أن تكون الأرض ثلاثين جريبا بين شريكين نصفين وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديئها ، فيقسم بينهما على فضل الذرع فيجعل أحد السهمين عشرة أجربة ، لفضل جودته ، والسهم الآخر عشرين جريبا ، لنقص رداءته . ففي دخول الإجبار في هذه القسمة قولان قسمة التعديل : أحدهما : أنه لا إجبار فيها لتعذر التساوي في الذرع وتكون موقوفة على **التراضي** . والقول الثاني : واختاره أبو حامد الإسفراييني : أنه تدخلها قسمة الإجبار لوجود التساوي في التعديل . فعلى هذا فيما يستحقه القاسم من أجرته وجهان : أحدهما : أنها على الشريكين نصفين ، لتساويهما في أصل الملك . والوجه الثاني : أن على صاحب العشرة الأجربة ثلثها ، وعلى صاحب العشرين ثلثيها لتفاضلهما في المأخوذ بالقسمة . والضرب الثاني : أن تقسم قسمة رد مع التساوي في الذرع ، مثاله : أن يكون الشجر والبناء في جانب من الأرض ، فيقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية ، ويجعل الشجر والبناء قيمة ، فإن كانت قيمته ألف درهم ، وجب على من صار له جانب الشجر والبناء خمسمائة درهم يدفعها إلى صاحبه . فهذه القسمة ، قسمة مراضاة لا يدخلها الإجبار : لأن دخل الرد بالعوض يجعلها بيعا محضا ، وليس في البيع إجبار . ولهما في هذه القسمة أربعة أحوال قسمة **التراضي** : أحدها : أن يتراضيا بهذه القسمة ويتفقا على من يأخذ الأعلى ويرد ، ومن يأخذ الأدنى ويسترد ، فقد تمت القسمة بينهما بالمراضاة بعد تلفظهما **بالتراضي** : لأن البيع لا يصح إلا باللفظ ويكون تلفظهما بالرضى جاريا مجرى البدل والقبول ، ولهما خيار المجلس ما لم يفترقا وإن شرطا في حال الرضا خيار ثلاث كان لهما . وقال مالك : إن كان الرد فيها قليلا صحت ، وإن كان كثيرا بطلت . (١) ".

"وهي عندنا مع قليل الرد وكثيره جائزة : لأنها معتبرة **بالتراضي** وجارية مجرى البيع . والحال الثانية : أن يتنازعا في طلب الأعلى ويتزايدان أو يتنازعا في طلب الأدنى ويتناقصان ، ثم يستقر الأمر بينهما بعد الزيادة والنقصان على من يأخذ الأعلى ويرد ، ومن يأخذ الأدنى ويسترد ، فتتم هذه القسمة بينهما بالمراضاة ، ويبطل بها ما تقدم من تقويم القاسم ، بما استقر بينهما من الزيادة عليها أو النقصان فيها ثم الخيار على ما قدمناه . والحال الثالثة : أن يتنازعا في طلب الأعلى ، فيطلبه كل واحد من غير زيادة ، أو يتنازعا في أخذ الأدنى ، فيطلبه كل واحد منهما من غير نقصان ، ولا يتراضيا فيه بالقرعة ، فلا إجبار على واحد منهما ويقطع النزاع بينهما وتصير الأرض باقية بينهما على الشركة كالشيء الذي لا يدخله القسم . والحال الرابعة : أن يتنازعا ويتراضيا بالقرعة . ففي جواز الإقراع بينهما وجهان : أحدهما : لا يجوز : لأنه بيع وليس في البيع إقراع . والوجه الثاني : يجوز الإقراع بينهما تغليبا لحكم القسمة واعتبارا بالمراضاة . فعلى هذا إن كان القاسم من قبل الحاكم ، فلا خيار لهما بعد القرعة ، وإن كان القاسم من قبلهما ثبت لهما بعد القرعة خيار . وفيه وجهان : أحدهما : أنه كخيار العيب معتبر بالفور . والثاني : أنه خيار مجلس يعتبر بالافتراق . والضرب الثالث

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٥٦/١٦

: من ضروب القسمة أن تقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية ، ويكون ما فيها من الشجر والبناء على الشركة . فإن تنازعا في هذا ، ولم يتفقا عليه ، لم يقع فيه إجبار وإن تراضيا به واتفقا عليه ، دخل في الأرض قسمة الإجبار ما كانا مقيمين على هذا الاتفاق ، وقسمت بينهما جبرا بالقرعة . وإن رجع أحدهما عن الاتفاق زالت قسمة الإجبار وكانت موقوفة على **التراضي** . الضرب الرابع : أن يقسم بياض الأرض بينهما بالسوية ويكون ما فيه الشجر والبناء بينهم ا على الشركة . ففي حكم هذه الأرض إذا تميز بناؤها وشجرها عن بياضها وجهان : ." (١)

" قسمة العلو والسفل مسألة : قال الشافعي : ولا يجوز أن يجعل لأحدهما سفلا وللآخر علوا إلا أن يكون سفله وعلوه لواحد " . قال الماوردي : وهذا صحيح ، إذا كانت دار بين شريكين وطلب أحدهما أن يقسم بينهما ، على أن يجعل السفل لأحدهما والعلو للآخر قسمة العلو والسفل لم يقع في هذه القسمة إجبار : لأنهما شريكان في السفل والعلو ، ومن ملك السفل ملك ما تحته من الأرض وما فوقه من الهواء ، بدليل أن له أن يحفر في الأرض ما شاء ويبني في الهواء ما شاء ، وهذه القسمة تمنع صاحب السفل من حقه في الهواء ، وتمنع صاحب العلو من حقه في الأرض ، فبطل أن يكون في هذا قسمة إجبار . فإن تراضى الشريكان بهذه القسمة ، جازت **بالتراضي** . وقد نص الشافعي عليه في كتاب الصلح وكانت هذه القسمة بيعا . فلو دعا أحدهما إلى قسمة السفل على انفراده وقسمة العلو على انفراده قسمة العلو والسفل لم يقع فيه إجبار ، وقسم العلو مع السفل : لأنه تبع له ، وقد يجوز إذا أفرد كل واحد منهما بالقسمة أن يحصل علو السفل الذي لأحدهما لغيره وسفل العلو الذي لأحدهما لغيره ، فلذلك لم يجز إفراد قسمة كل واحد منهما جبرا إلا أن يتراضيا عليه فيجوز بتراضيهما .

قسمة الدور فصل : وإذا كان بين الشريكين داران محوزتان فطلب أحد الشريكين القسمة على أن تكون كل واحدة من الدارين لأحدهما بالقرعة لم يقع فيه إجبار ؛ لأن كل دار منهما مشتركة بينهما ، فوجب أن يقسم كل واحدة بينهما . فإن تراضيا بهذا لم تكن قسمة وكانت بيعا محضا يبيع كل واحد منهما حقه من إحدى الدارين بحق شريكه من الدار الأخرى . فيكتب فيه كتاب ابتياع ولا يكتب فيه كتاب قسمة ، ويكون بيع مناقلة .

قسمة الأرض المزروعة فصل : وإذا كان بين الشريكين أرض مزروعة فطلب أحدهما القسمة قسمة الأرض المزروعة ، فله ثلاث أحوال : إحداها : أن يطلب قسمة الأرض ليكون فيها الزرع باقيا على الشركة ، فيصح الإجبار في هذه القسمة على الأرض وحدها ولا يمنع منها ما في الأرض من الزرع ، ." (٢)

" بخلاف البناء والشجر : لأن الزرع مستودع فيها إلى مدة تكامله ، والبناء والشجر مستدام . والحال الثانية : أن يطلب قسمة الزرع وحده فلا إجبار فيه ؛ لأن الزرع لا يمكن تعديله بينهما ، سواء كان ظاهرا أو باطنا . فإن تراضيا وكان

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي، ٢٥٧/١٦

(٢) الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي، ٢٥٩/١٦

الزرع مما لا يدخله الربا ؛ لأنه بقل أو قطن أو كتان ، جاز اقتسامهما به عن مراضاتهما . وإن كان مما فيه الربا كالبر والشعير جاز إن كان فيصلا ولم يجز إن كان بذرا أو سنبلا مشتدا لدخول الربا فيه لجواز التفاضل . والحال الثالثة : أن يطلب قسمة الأرض بما فيها من الزرع ، فينظر : فإن كان الزرع فصيلا صح فيها قسمة الاختيار على انفراده ، وتدخله قسمة الإجبار ، وكان الزرع تبعا للأرض ، كالبناء والشجر لا تدخله قسمة الإجبار على انفراده ، وتدخله قسمة الإجبار إن كان مع الأرض تبعا . وإن كان الزرع بذرا أو حبا مشتدا يدخله الربا ، فإن قيل إن القسمة بيع ، لم يدخله الإج بار ولا قسمة **التراضي** خوف الربا ، وإن قيل القسمة إفراز حق وتمييز نصيب صح فيه قسمة الإجبار وقسمة **التراضي** : لأن الزرع تبع للأرض .

إذا ادعى أحد المقسمين غلطا في القسمة

[إذا ادعى أحد المقسمين غلطا في القسمة] . مسألة : قال الشافعي : " وإذا ادعى بعضهم غلطا كلف البينة فإن جاء بها رد القسم عنه " . قال الماوردي : إذا اقتسم الشركاء دارا أو أرضا وحاز كل واحد منهم سهمه بالقسمة ثم ادعى أحدهم غلطا جرى عليه في القسمة ، فإن لم يذكر قدر الغلط بالذرع إن كانت قسمة إجبار أو تعديل أو بالوزن إن كانت قسمة رد لم تسمع دعواه ؛ لأن الدعوى المجهولة مردودة . فإن ذكر قدر الغلط ، سمعت دعواه ، وأحضر شركاؤه . فإن صدقوه على الغلط ، نقض القسمة واستأنفها على الصحة وإن أكذبوه ، فالقول قولهم : لأنه على ظاهر الصحة . وله أحلافهم ، لجواز ما ادعاه من الغلط . فإن حلفوا جميعا أمضيت القسمة ، وإن نكلوا جميعا ردت اليمين عليه ، ونقضت القسمة إن حلف . ." (١)

" قسم الواحد إجبار وفرق بين الحمامين والحيوان ، إن بناء الحمام منع من قسم أرضه ، والحيوان أهل في نفسه

.

قسم الطعام وغيره فصل : وأما قسم الطعام : فكل مطعوم طعام ، وفي المطعوم ربا ، وهو على ضربين : أحدهما : أن يكون مما يجوز بيع بعضه ببعض ، كالحنطة والشعير فيجوز قسمه إجبارا واختيارا . فإن قيل : إن القسمة إفراز حق جاز قسمه كيلا أو وزنا ، وجاز أن يفترقا فيه قبل التقابض . وإن قيل : إن القسمة بيع ، وجب قسمه كيلا ، ولم يجز قسمه وزنا : لأن أصله الكيل ، ووجب إن تقابضا قبل الافتراق . وتدخل القرعة في قسمه إجبارا ، ولا تدخل في قسمه اختيارا . وإن كان مما لا يجوز بيع بعضه ببعض ، كرطب ، والعنب ، والفواكه الرطبة ، فإن قيل : إن القسمة إفراز حق ؛ جاز قسمه إجبارا واختيارا بكيل أو وزن . وفي جواز قسمه بالخرص في نخله وشجره ، قولان : أحدهما : جوازه . والثاني : بطلانه . وأصح من إ طلاق هذين القولين أن يمنع منه بالخرص في قسمة الإجبار ، لأن المقصود بها التحقيق المعدوم

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٦٠/١٦

في الخرص ، ويجاز بالخرص في قسمة الاختيار لأنها محمولة على **التراضي** ، هذا إذا قيل إن القسمة إفراز حق . فأما إن قيل إن القسمة بيع ، لم تجز قسمة الثمار الرطبة كما لم يجز بيعها ، فلا يدخلها قسم الإجبار ولا قسم الاختيار . وأما قسم الدراهم والدنانير ، فيجوز إجبارا واختيارا . وهل يعتبر في قسمها تقابضهما قبل الافتراق قسمة الدراهم والدنانير على قولين : أحدهما : لا يعتبر إن قيل : إن القسمة إفراز حق . والثاني : يعتبر إذا قيل إنها بيع . ." (١)

" بعلمه ، فإن منع من الحكم بالإقرار إلا بالشهادة ، لم يحكم عليه بالحد ، وإن أجيز له الحكم بالإقرار من غير شهادة ، حكم عليه بالحد . وعلى هذا إذا شهد عنده شاهدان بما يعلم خلافه القاضي لم يجز أن يحكم بعلمه . واختلف أصحابنا في جواز حكمه بالشهادة على وجهين : أحدهما : يحكم بها ؛ لأن الشهادة هي المعتبرة في حكمه دون علمه . والوجه الثاني : وهو أصح لا يجوز أن يحكم بالشهادة ؛ لأنه متحقق لكذبها . فأما إذا ذكر القاضي أن بينة قامت عنده فهو مصدق على ما ذكر منها ، ويجوز له أن يحكم بها على القولين ؛ لأنه حاكم بالبينة دون العلم .

فصل : تحكيم الخصمين شخصا من الرعية دون القاضي وإذا حكم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز . لأن عمر بن الخطاب وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت . ولأنه لما حكم علي بن أبي طالب في الإمامة ، كان التحكيم فيما عداها أولى . وهكذا حكم أهل الشورى فيها عبد الرحمن بن عوف . نفوذ حكم المحكم معتبر بأربعة شروط . وإذا جاز التحكيم في الأحكام فنفاذ حكمه معتبر بأربعة شروط : أحدها : أن يكون المحكم من أهل الاجتهاد ، ويجوز أن يكون قاضيا ؛ لأنه قد صار بالتحكيم حاكما ، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد بطل تحكيمه ، ولم ينفذ حكمه . والشرط الثاني : أن يتفق الخصمان على **التراضي** به إلى حين الحكم ، فإن رضي به أحدهما دون الآخر أو رضيا به ثم رجعا أو رضي أحدهما بطل تحكيمه ولم ينفذ حكمه ، سواء حكم للراضي أو للراجع . والشرط الثالث : أن يكون التحاكم في أحكام مخصوصة . والأحكام تنقسم في التحكيم ثلاثة أقسام : قسم يجوز فيه التحكيم : وهو حقوق الأموال ، وعقود المعاوضات ، وما يصح فيه العفو والإبراء . وقسم لا يجوز فيه التحكيم ، وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام و إيقاع الحجر على مستحقيه . ." (٢)

"والثاني : لا يمين إن قيل إن القرعة مرجحة لبينته ، وللمقروع أن يرجع على البائع بالثمن الذي شهدت به بينته والقول الثالث : استعمال البينتين ، وقسم الدار بهما بين المشتريين ليكون نصفها مبيعا من كل واحد منهما ، وهو لتفريق الصفقة عليه بالخيار في إمضاء البيع في نصف الدار بنصف الثمن أو فسخه ، لأنه ابتاع جميع الدار فجعل له نصفها ولهما في الخيار ثلاثة أحوال : إحداها : أن يختار الإمضاء فيكونا شريكين . والثانية : أن يختار الفسخ ، فيصح فسخ من تقدم منهما ، ويتوفر سهمه بالفسخ على المتأخر ، فيسقط خياره في الفسخ ، لأن البيع قد تكامل له في جميع

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٦٨/١٦

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٢٥/١٦

الدار . والحالة الثالثة : أن يمضي أحدهما ، ويفسخ الآخر ، فقد زال ملك الفاسخ ، ونظر فإن فسخ قبل رضا الآخر بالنصف يغرم سهمه على **التراضي** وأخذ جميع الدار بجميع ثمن بينته ، وإن فسخ بعد رضا الراضي لم يعد سهم الفاسخ على الراضي ، لاستقرار الح كم في ابتياعه النصف .

فصل : وأما الحالة الثانية : وهو أن تكون الدار في يدي أحد المشتريين الدار التي ادعى رجلين أن كل واحد منهما اشتراها ، فقد اختلف أصحابنا هل تترجح بينته بيده ، أم لا ؟ على وجهين مبنيين على اختلاف الوجهين في الترجيح بيد البائع ، إذا صدق أحدهما بترجيح يد أحد المشتريين ، إذا قيل : إنها ترجح بين البائع إذا صدقه فيحكم له ببينته ، ويده ويرجع الآخر بالثمن الذي شهدت به بينته ، ويجوز أن يكون خصما لصاحب اليد في الدار ويحلفه إذا أنكره ، وإن صدقه سلم الدار إليه بإقراره بالثمن الذي شهدت به بينته إن كان مثل الثمن في ابتياع حقه ، وإن كان أقل لم يكن له أن يرجع بالباقي ، لأنه مقر أنه لا يستحقه على الثاني ، وإن كان أكثر لم يكن له أن يأخذ الزيادة ، لأنه مقر أنه لا يستحق أكثر من الثمن الذي دفع ، ويكون درك للثاني على الأول ، دون البائع ، ولا يكون على البائع درك الأول ، ولا الثاني لأن الثاني ملكها عن الأول ، والأول قد أقر أنه لم يملكها عن البائع فلذلك سلم البائع من دركها . والوجه الثاني : أنه لا تترجح البينة بيد البائع إذا صدق أحدهما ، فعلى هذا يسقط حكم يده ، وتتعارض البينتان في حقهما ، فتكون على الأقاويل الثلاثة : أحدها : يسقطان ويرجع إلى البائع في إقراره ، وإنكاره على ما مضى . والقول الثاني : يقرع بينهما ، ويحكم لمن قرع منهما على ما مضى . ." (١)

"وإن قيل باستعمالها لم يتحالف عليه البائعان ، لبت الحكم بينهما بالبينة ، ولا رجوع لواحد منهما بالدرك على مبايعه إن تداعياه ولهما الرجوع بدركه ، إن لم يتداعياه لأنهما في تداعيه مصدقان للبائعين ، وإن لم يتداعياه غير مصدقين ، وإن لم يجعل لهما الرجوع بالدرك ، فلا خيار لهما في فسخ البيع ، وإن جعل لهما الدرك كان لهما الخيار في فسخ البيع ، وكانا فيه بين ثلاثة أحوال : أحدها : أن يفسخا فيرجع كل واحد منهما بدرك جميعه . والثاني : أن يقيما فيرجع كل واحد منهما بدرك نصفه . والثالث : أن يفسخ أحدهما ، ويقيم الآخر ، فيرجع المقيم بدرك النصف فيرجع الفاسخ بدرك الجميع ، ولا تتوفر حصة الفاسخ على **التراضي** لأن حصة الفاسخ تعود إلى مبايعه ، ولا تعود إلى مبايع الراضي فصار فيه بخلاف البائع الواحد ، الذي لا يعود خصمه الفاسخ ، إلى مبايع الراضي ، فيتوفر من حصته على الراضي .

فصل : وأما الحال الخامسة : وهو أن يكون الثوب في يد أجنبي فنسبه لنفسه فعلى ضربين : أحدهما : أن تنسب يده إلى أحد الأربعة ، فيكون حكمه كحكمه لو كان في يد من نسبه إليه ، وهل لكل واحد من الباقين أن يحلفه إن أكذبه على أن يده نائبة عمن نسبه إليه ، أم لا ؟ على قولين : من اختلاف قوليه في وجوب الغرم عليه إن صدق غيره ،

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٥٣/١٧

فإن قيل : بوجوب الغرم عليه مع الإقرار ، أحلف مع الإنكار ، وإن قيل : لا غرم عليه لم يحلف . والضرب الثاني : أن يدعيه لنفسه ملكا الثوب بيد أجنبي فادعاه ملكا لنفسه ، فدعواه مردودة بكل واحدة من البينتين ، لأن إحداهما تشهد به لزيد والأخرى تشهد به لعمرو ، وكل واحدة منهما تشهد بأن لا حق فيه لصاحب اليد ، ولا ينتزع من يده قبل بت الحكم بين المتنازعين ، ليتعين بالحكم مستحق انتزاعه منه ، فصارت يده ضامنة له في جنبة مستحقه ، وقد تعارضت البينتان فيه ملكا في حق البائعين ومبيعا في ح ق المشتريين ، وتساوت البينتان في حق الجنبتين لأنها بينتا خارج فتحمل على الأقاويل الثلاثة : أحدها : إسقاط البينتين ، ويكون كل واحد من البائعين خصما للآخر في ملكه ، وكل واحد من المشتريين خصما لمبايعه في ابتياعه ، فيتحالف البائعان على ملكه . فإن حلفا ، حكم به لهما ملكا . وإن نكلا جعل بينهما يدا . وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر فهل ترد يمين نكوله على مدعي ابتياعه ؟ على ." (١)

" لأن زيادة الثمن إذا عجز عنها تعلقت بذمته ، وكذلك إقراره بالدين مقبول ، لأنه قد كان بالكتابة مسلطا على ما أفضى إليه فنفذ إقراره فيه ، فإن عجز ما بيده عن أدائه كان في ذمته يؤديه بعد عتقه ، والله أعلم .

مسألة كانت له على مولاه دنانير ولمولاه عليه دنانير فجعلا ذلك قصاصا جاز

مسألة : قال الشافعي ، رضي الله عنه : " ولو كانت له على مولاه دنانير ولمولاه عليه دنانير فجعلا ذلك قصاصا أي المكاتب جاز " . قال الماوردي : قد تقدم ذكر هذه المسألة وقلنا : إنه كان للمكاتب على سيده مال ، وحل عليه من نجومه مال ، هل يكون كل واحد من المالين في الذمة قصاصا بالآخر كالدراهم بالدراهم ، والدنانير بالدنانير أم لا ؟ على أربعة أقاويل مضت : أحدها : يكون قصاصا إذا تراضيا بالقصاص ، ولا يكون قصاصا إن لم يجتمعا على التراضي به ، لأن الدين لا يستحق من مال معين إلا برضا من هو عليه . والقول الثاني : يكون قصاصا إذا رضي به أحدهما وإن لم يجتمعا عليه ، ولا يكون قصاصا إن لم يرض به واحد منهما ، كالحوالة . والقول الثالث : أنه يكون قصاصا وإن لم يتراضيا كالوارث إذا كان عليه للميت دين صار قصاصا من حقه وإن لم يرض به . والرابع : لا يكون قصاصا بحال ، وإن تراضيا إلا أن يكون بيع دين بدين .

مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولو كانت له عليه ألف درهم من نجومه حالة وله على السيد مائة دينار حالة فأراد أن يجعلا الألف بالمائة قصاصا لم يجز ، وكذلك لو كان دينه عليه عرضا وكتابته نقدا " . قال الماوردي : وإذ قد تقرر ما ذكرنا من الأقاويل الأربعة في القصاص ، فاعلم أنه لا يخلو ما حل من نجوم المكاتب ، وما على السيد للمكاتب من أحد أمرين : إما أن يكونا من جنس واحد أو من جنسين . فإن كانا من جنس واحد ، فعلى ضربين : أحدهما : أن يكونا نقدا كالدراهم بالدراهم ، والدنانير بال دنانير ، فهذا الذي يكون قصاصا على الأقاويل الأربعة . والضرب الثاني :

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي، ٣٥٨/١٧

أن يكون عرضا لأن السيد كاتبه على ثياب موصوفة ، وأسلم المكاتب إلى سيده في ثياب على تلك الصفة ، فلا يجوز أن يكونا قصاصا وإن تراضيا قولا واحدا ، لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح ولا يبرءان إلا بقبض ." (١)

"به **التراضي** واما حديث عثمان بن أبى العاص انه قال آخر ما عهد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " اتخذ مؤذنا لا يأخذ علي أذانه أجرا " رواه الترمذي وقال هو حديث حسن محمول علي الندب (فرع) في مسائل تتعلق بالباب (إحداها) قال أصحابنا رحمهم الله يستحب أن يكون الاذان بقرب المسجد (الثانية) يكره أن يخرج من المسجد بعد الاذان قبل أن يصلي الا لعذر وقد سبقت هذه المسألة بدليلها في آخر باب ما يوجب الغسل وذكرها في هذا الباب جماعة من أصحابنا (الثالثة) يستحب أن لا يكتفى أهل المساجد المتقاربة باذان بعضهم بل يؤذن في كل مسجد واحد ذكره صاحب العدة وغيره (الرابعة) قال البندنيجى وصاحب البيان يستحب أن يقف المؤذن علي أواخر الكلمات في الاذان لانه روى موقوفا قال الهروي وعوام الناس يقولون الله اكبر بضم الراء وكان أبو العباس المبرد يفتح الراء فيقول الله اكبر الله أكبر الاولي مفتوحة والث ا نية ساكنة قال لان الاذان سمع موقوفا كقوله حى على الصلاة حى علي الفلاح فكان الاصل أن يقول الله اكبر الله اكبر باسكان الراء فحركت فتحة الالف من اسم الله تعالي في اللفظة الثانية لسكون الراء قبلها ففتحت كقوله تعالى " الم الله لا إله الا هو " وقال صاحب التتمة يجمع كل تكبيرتين بصوت لانه خفيف واما باقى الكلمات فيفرد كل كلمة بصوت وفى الاقامة يجمع كل كلمتين بصوت (الخامسة) قال البغوي لو زاد في الاذان ذكرا أو زاد في عدد كلماته لم يبطل أذانه وهذا الذى قاله محمول علي ما إذا لم يؤد الي اشتباهه بغير الاذان على السامعين قال القاضي أبو الطيب وغيره لو قال الله الاكبر بدل الله اكبر صح اذانه كما لو قاله في تكبيرة الاحرام تنعقد صلاته (السادسة) قال الشافعي في الام وواجب علي الامام ان يتفقد أحوال المؤذنين ليؤذنوا في أول الوقت ولا ينتظرهم بالاقامة وأن يأمرهم فيقيموا في الوقت هذا نصه قال اصحابنا وقت الاذان منوط بنظر المؤذن لا يحتاج فيه الي مراجعة الامام ووقت الاقامة منوط بالامام فلا يقيم المؤذن الا باشارته فلو أقام بغير اذنه فقد قال امام الحرمين في الاعتداد به تردد للاصحاب ولم يبين الراجح والظاهر ترجيح الاعتداد (السابعة) قال الشافعي في مختصر المزني وترك الاذان في السفر أخف منه في الحضر قال اصحابنا وجه." (٢)

"(فرع) إذا أحرز الغانمون الغنيمة فينبغي للامام تعجيل قسمتها ويكره له تأخيرها من غير عذر وقد ذكر المصنف هذا في قسم الغنيمة (قال) أصحابنا: فإذا قسم فكل من أصابه مال زكوى وهو نصاب أو بلغ مع غيره من ملكه نصابا إبتدأ حوله من حينئذ ولو تأخرت القسمة بعذر أو بلا عذر حتى مضي حول فهل تجب الزكاة ينظر إن لم يختاروا التمليك فلا زكاة لانها غير مملوكة فملكها في نهاية من الضعف يسقط بالاعراض وللامام في قسمتها أن يخص بعضهم ببعض الانواع أو بعض الاعيان إن اتحد النوع ولا يجوز هذا في سائر القسم الا **بالتراضي** وإن اختاروا التملك ومضي حول من

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٢٤١/١٨

(٢) المجموع، ١٢٨/٣

حين وقت الاختيار نظر إن كانت الغنيمة أصنافا فلا زكاة سواء كانت مما تجب الزكاة في جميعها أو بعضها لان كل واحد لا يدرى ما يصيبه وكم نصيبه وإن لم تكن إلا صنف زكوى وبلغ نصيب كل واحد نصابا فعليهم الزكاة وإن بلغ مجموع أنصبائهم نصابا ونقص نصيب كل واحد ع ن نصاب وكانت ماشية وجبت الزكاة وهم خلطاء وكذا لو كانت غير ماشية وأثبتنا الخلطة فيه.

فان كانت أنصباؤهم ناقصة عن النصاب ولا تبلغ نصابا إلا بالخمس فلا زكاة عليهم لان الخلطة مع أهل الخمس لا تثبت لانه لا زكاة فيه بحال لكونه لغير معين فأشبه مال بيت المال والمساجد والربط.

هذا حكم الغنيمة على ما ذكره الجمهور من العراقيين والخراسانيين وهو المذهب." (١)

"فهذا باطل بلا خلاف لانه ليس ببيع لفظي ولا معاطاة ولا يعد بيعا فهو باطل ولنعلم هذا ولنحترز منه ولا نغتر بكثرة من يفعله فان كثيرا من الناس يأخذ الحوائج من البياع مرة بعد مرة من غير مبايعة ولا معاطاة ثم بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض وهذا باطل بلا خلاف لما ذكرناه والله أعلم * (فرع) الرجوع في القليل والكثير والمحقر والنفيس إلى العرف فما عدوه من المحقرات وعدوه بيعا فهو بيع والا فلا * هذا هو المشهور تفريعا على صحة المعاطاة * وحكى الرافعي وجها أن المحقر دون نصاب السرقة وهذا شاذ ضعيف بل الصواب أنه لا يختص بذلك بل يتجاوزه إلى ما يعده أهل العرف بيعا والله أعلم * (فرع) إذا قلنا بالمشهور ان المعاطاة لا يصح بها البيع ففى حكم المأخوذ بها ثلاثة أوجه حكاها المتولي وغيره مجموعة وحكاها متفرقة آخرون (أصحها) عندهم له حكم المقبوض ببيع فاسد فيطالب كل واحد منهما صاحبه بما دفعه إليه ان كان باقيا أو بدله إن كان تالفا ويجب على كل واحد رد ما قبضه ان كان باقيا والا فرد بدله فلو كان الثمن الذى قبضه البائع مثل القيمة فقد قال الغزالي في الاحياء هذا مستحق ظفر بمثل حقه والمالك راض فله تملكه لا محالة وظاهر كلام المتولي وغيره انه يجب ردها مطلقا (والوجه الثاني) ان هذا إباحة لازمة لا يجوز الرجوع فيها قاله القاضى أبو الطيب وحكاه عنه صاحب الشامل قال وأوردت عليه وأجاب فأوردت علي جوابه وذكر ذلك كله وحاصله تضعيف هذا الوجه بما ضعفه به هو والمتولي وهو انه لو أتلف أحدهما ما أخذه وبقى مع الآخر ما أخذه لم يكن لمن تلف في يده أن يسترد الباقي في يد صاحبه من غير أن يغرم له بدل ما تلف عنده ولو كان هذا إباحة لكان له الرجوع كما لو أباح كل واحد منهما لصاحبه طعامه وأكل أحدهما دون الآخر فان للآكل أن يرجع عن الاباحة ويسترد طعامه بلا خلاف (والوجه الثالث) ان العوضين يستر د ان فان تلفا فلا مطالبة لاحدهما ويسقط عنهما الضمان ويتراد منهما **بالتراضي** السابق وهذا قول الشيخ أبى حامد الاسفرايني وأنكروه عليه وأوردوا عليه سائر العقود الفاسدة فانه لا يراه فيها وان وجد الرضى قال المتولي ولان إسقاط الحقوق طريقه اللفظ كالعفو عن." (٢)

---

(١) المجموع، ٣٥٣/٥

(٢) المجموع، ١٦٤/٩

"القصاص والابراء عن الديون فان أقمنا **التراضي** مقام اللفظ في الاسقاط وجب أن نقيمه مقامه في انعقاد العقد والله أعلم * (فرع) ذكر أبو سعيد بن أبي عصرون تفريعا على المشهور أن البيع لا يصح بالمعاطاة انه لا مطالبة بين الناس فيها في الدار الآخرة لوجود طيب النفس بها ووقوع الاختلاف فيها هذا لفظه في كتابه الانتصار فيحتمل انه أراد ما قدمناه عن الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب في الوجه الثالث والثاني والظاهر انه أراد انه لا مطالبة علي كل وجه بها في الدار الآخرة وان كانت المطالبة ثابتة في الدنيا علي الخلاف السابق والله أعلم * (فرع) الخلاف المذكور في المعاطاة في البيع يجرى في الاجارة والرهن والهبة ونحوها هكذا ذكره المتولي وآخرون (وأما) الهدية وصدقة التطوع ففيها خلاف مرتب على البيع ان صححناه بالمعاطاة ولم نشترط فيهما لفظا فهما أولى بذلك وان شرطنا اللفظ في البيع ففيهما وجهان م شهوران عند الخراسانيين وذكرهما جماعة من العراقيين (أحدهما) وبه قطع المصنف في باب اختلاف الزوجين في الصداق وآخرون من العراقيين أو أكثرهم يشترط فيهما الايجاب والقبول كالبيع و (أصحهما) عند الجمهور لا يشترط وهو الصواب قال الرافعي في أول كتاب الهبة هذا هو الصحيح الذى عليه قرار المذهب ونقله الاثبات من متأخرى الاصحاب وقطع به المتولي والبغوى واعتمده الروياني وغيرهم * واحتجوا بأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيأخدها ولا لفظ هناك وعلى ذلك جرى الناس في جميع الاعصار ولهذا كانوا يبعثون بها على أيدى الصبيان الذين لا عبارة لهم قال اصحابنا (فان قيل) كان هذا اباحة لا هدية وتمليكا (فالجواب) انه لو كان اباحة ما تصرفوا فيه تصرف الملاك ومعلوم ان ما قبله النبي صلى الله عليه وسلم من الهدايا كان يتصرف فيه ويملكه غيره قال الرافعي ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر ال ا يجاب والقبول على الامر المشعر بالرضا دون اللفظ ويقال الاشعار بالرضا يكون لفظا ويكون فعلا والله أعلم * (فرع) إذا اشترطنا الايجاب والقبول باللفظ فالايجاب كقول البائع بعتك هذا أو ملكتك." (١)

"ونحوهما من الالفاظ وفى ملكتك وجه شاذ حكاه الماوردى وآخرون أنه ليس بصريح لانه مستعمل في الهبة وأدعى الماوردى أنه الاصح وليس كما قال بل المذهب الاول وبه قطع المصنف والجمهور * والقبول كقول المشترى قبلت أو ابتعت أو اشتريت أو تملكت قال الرافعي ويجئ في تملكت ذلك الوجه قال أصحابنا وسواء تقدم قول البائع أو قول المشتري اشتريت فقال البائع بعده بعت فيصح البيع في الحالين بلا خلاف لحصول المقصود.

قال أصحابنا ولا يشترط اتفاق اللفظين بل لو قال البائع بعتك أو اشتريت فقال المشترى تملكت أو قال البائع ملكتك فقال المشتري اشتريت صح بلا خلاف لان المعنى واحد وكذا في النكاح لو قال زوجتك بنتى فقال قبلت نكاحها أو قال أنكحتكها فقال قبلت تزويجها صح النكاح بلا خلاف (المسألة الثانية) قال أصحابنا كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والعتاق والابراء ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف كما ينعقد ب ا لصريح وأما ما لا يستقل به بل يفتقر إلى إيجاب وقبول فضربان (أحدهما) ما يشترط فيه الاشهاد كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل الاشهاد فهذا لا ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف لان الشاهد لا يعلم النية (والثانى) ما لا يشترط فيه الاشهاد وهو نوعان (أحدهما) ما يقبل

---

(١) المجموع، ٩/١٦٥

مقصوده التعليق بالغرر كالكتابة والخلع فينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف لان مقصود الكتابة العتق ومقصود الخلع الطلاق وهما يصحان بالكناية مع النية (والثانى) ما لا يقبله كالبيع والاجارة والمساقاة وغيرها وفي انعقاد هذه العقود بالكناية مع النية وجهان مشهوران في كتب الخراسانيين (أصحهما) الانعقاد كالخلع ولحصول **التراضي** مع جريان اللفظ وارادة المعنى يدل عليه من حيث السنة حديث جابر في قصة بيعه جمله للنبى صلى الله عليه وسلم وهو حديث طويل مشهور في الصحيحين وغيرهما قال فيه (قال لى النبي صلى الله عليه وسلم بعنى جملك فقلت إن لرجل على أوقية ذهب فهو لك بها قال قد أخذته به) هذا لفظ رواية مسلم قال أصحابنا ومثال الكناية في البيع أن يقول خذه مني بالف أو تسلمه بألف أو أدخلته في ملكى بألف أو جعلته لك أو هو لك بألف وما أشبهها ولو قال أبحته لك بألف فليس بكناية بلا خلاف لانه صريح في الاباحة فلا يكون كناية في غيره ولو قال سلطتك عليه

بألف ففى كونه كناية وجهان كقوله أبحته لك بألف (وأصحهما) يكون لانه محتمل وليس صريحا في." (١)

"الاباحة بخلاف أبحته قال امام الحرمين وفى هذا الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بالكناية مع النية هو فيما إذا عدمت قرائن الاحوال فان توفرت وأفادت التفاهم وجب القطع بالصحة لكن النكاح لا يصح بالكناية وان توفرت القرائن (وأما) البيع المقيد بالاشهاد فقال الغزالي في الوسيط الظاهر انعقاده عند توفر القرائن والله أعلم * (فرع) قال الغزالي في الفتاوى لو قال أحد المتبايعين بعنى فقال قد باعك الله أو بارك الله فيه أو قال في النكاح زوجك الله ابنتى أو قال في الاقالة قد أقالك الله أو قد رده الله عليك فهذا كله كناية فلا يصح النكاح بكل حال وأما البيع والاقالة فان نواهما صحا والا فلا وإذا نواهما كان التقدير قد أقالك الله لانى أقلتك والله أعلم * (المسألة الثالثة) إذا كتب إلى غائب بالبيع ونحوه قال أصحابنا هو مرتب على أن الطلاق هل يقع بالكتب مع النية وفيه خلاف الاصح صحته ووقوعه (فان قلنا) لا يصح الطلاق فهذه العقود أولى أن لا تنعقد (وان قلنا) بالصحة ففى البيع ونحوه الوجهان في انعقاده بالكناية مع النية وهذان الوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند المصنف لا يصح (والثانى) وهو الاصح أنه يصح البيع ونحوه بالمكاتبة لحصول **التراضي** لاسيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة وقد صرح الغزالي في الفتاوى والرافعي في كتاب الطلاق بترجيح صحة البيع ونحوه بالمكاتبة قال أصحابنا (وان قلنا) يصح فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب هذا هو الاصح وفيه وجه ضعيف أنه لا يشترط القبول بل يكفى التواصل اللائق بين الكتابين أما إذا تبايعا حاضران بالكتابة فقال أصحابنا ان منعناه في الغيبة فههنا أولى والا فوجهان وإذا صححنا البيع بالمكاتبة جاز القبول بالكتب وباللفظ ذكره امام الحرمين وغيره قال أصحابنا وحكم الكتب على القرطاس والرق اللوح والارض والنقش على الحجر والخشب واحد ولا أثر لرسم الاحرف على الماء والهواء قال بعض الاصحاب تفريعا على صحة البيع بالمكاتبة لو قال بعت دارى لفلان وهو غائب فلما بلغه الخبر قال قبلت انعقد البيع لان النطق أقوى من

---

(١) المجموع، ١٦٦/٩

الكتب والله تعالى أعلم *

(فرع) أما النكاح ففى انعقاده بالمكاتبة خلاف مرتب على البيع ونحوه ذكره امام." (١)

"بألف قراضة أو عكسه أو قال بألف حال فقبل بمؤجل أو عكسه أو قال بألف مؤجل إلى شهر فقبل بمؤجل إلى شهرين أو نصف شهر أو قال بعتكه بألف درهم فقبل بألف دينار أو عكسه أو قال بعتكه بألف فقال قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح بلا خلاف لانه لا يعد قبولا ولو قال بعتك هذا بألف فقال قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة قال المتولي يصح العقد لانه تصريح بمقتضى الاطلاق وقال الرافعي فيه نظر وهو كما قال الرافعى لكن الظاهر الصحة وفى فتاوى القفال انه لو قال بعتكه بالف درهم فقال اشتريت بالف وخمسمائه صح البيع قال الرافعى هذا غريب وهو كما قال والظاهر هنا فساد العقد لعدم الموافقة * (فرع) إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع بعت بكذا فقال نعم أو بعت وقال للمشتري اشتريت بكذا فقال نعم أو اشتريت فوجهان حكاهما الرافعي (أصحهما) عند الرافعى وغيره الانعقاد لوجود الصيغة **والتراضي** (والثانى) لا ينعقد لعدم تخاطبهما وبهذا قطع المتولي * (فرع) إذا قال بعتك بألف فقال قبلت فقط صح البيع بلا خلاف بخلاف النكاح فان الصحيح انه يشترط أن يقول قبلت نكاحها أو تزويجها والفرق الاحتياط للابضاع * (فرع) لو قال بعتك هذا بألف ان شئت فقال شئت لم يصح البيع بلا خلاف وصرح به المتولي وغيره قالوا لان لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التمليك وان قال قبلت فوجهان حكاهما المتولي وغيره (أحدهما) لا يصح لان الصيغة صيغة تعليق ولا مدخل له في المعاوضات فصار كقوله بعتك إن دخلت الدار (وأصحهما) الصحة لانه تصريح بمقتضى الحال فان القبول إلى مشيئة القابل وبهذا فارق سائر ألفاظ التعليق والله تعالى أعلم * (فرع) إذا باع مال نفسه لولده أو مال ولده لنفسه فهل يفتقر إلى صيغتي الايجاب والقبول أم يكفى أحدهما فيه وجهان مشهوران (الاصح) يفتقر فيقول بعت مال ولدى بكذا واشتريته له أو قبلته له لتنتظم صورة البيع (والثانى) يكفى أ حدهما لانه لما قام الوالد في صحة العقد مقام

اثنين قام لفظه مقام لفظين والله أعلم *." (٢)

"عليه في النهاية ولعله اشتبه بالوجه الذى سنذكره في الحالة الثالثة إذا ردها بعيب غير التصرية قال ذلك الوجه في النهاية أما ههنا فلا ثم اختلفوا في المضموم إلى المصراة في الرد في جنسه وقدره

لاجل اختلاف الاحاديث الواردة (أما) الجنس وهو الذى ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين والاول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضى أبو الطيب إلى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله وأن الواجب عنده في كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردى إلى أبي سعيد الاصطخرى ونسبه الرويانى اليهما وقال في الحلية انه القياس ونسبه المحاملى والشيخ أبو حامد في تعليق البندنيجي عنه إلى ابن أبى هريرة وهو غريب ونسبه الجوزى لما تكلم في مسألة الجارية إلى ابن سلمة قال فكان ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد فان صحت هذه

---

(١) المجموع، ١٦٧/٩

(٢) المجموع، ١٧٠/٩

النقول فلعلهم الاربعة قائلون بهذا الوجه وظاهر كلام هؤلاء ال ناقلين أنه لا يجوز علي هذا الوجه النمر إذا لم يكن غالبا أو يكون حكمه كما لو عدل إليه عن القوت الواجب في زكاة الفطر وفيه خلاف والجوزي جعل محل الخلاف فيما إذا علم الثمن فحكى فيه قولين (أحدهما) يعتبر غالب قوت البلد (والثانى) لا يجوز إلا التمر وصاحب التتمة قال انه لا يختلف المذهب انه لو رد التمر جاز وأنه لو رد بدله شيئا آخر كالحنطة أو الشعير فيه وجهان (أحدهما) عليه رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره (والثانى) يجوز أن يرد بدله صاعا من قوته وكلا هذين المصنفين يخالف ظاهر اطلاق الاولين وكلام الرافعى يوافق كلام صاحب التتمة فانه صور كلامه بأنه يرد التمر ثم حكي الخلاف في تعينه وقيام غيره مقامه والمراد بعدم الجواز هنا أنه لا يجبر البائع على قبوله أما عند **التراضي** فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى فإذا جمعت ما قاله الجوزى وصاحب التتمة مع ما اقتضاه كلام الاكثرين حصل لك في ر د الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه (أحدها) أنه واجب (والثانى) أنه جائز وهو مقتضى كلام الرافعى وصاحب التهذيب (والثالث) التفرقة بين أن يكون التمر موجودا فيمتنع." (١)

"بالمدينة على وجه وهو الذى اقتصر الرافعى على حكايته وهو الذى قاله المصنف على قول أبى اسحق فيما إذا زادت قيمة الصاع على الشاة واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر تمر الحجاز لان القيمة بدل عنه فلو كان الواجب تمر البلد لاخرج قيمته (قلت) ما ذكره الشافعي هنا من تعين تمر البلد

وتأيد بالنظائر يدل على أن الاصح هو الوجه الثاني الذى نقله الماوردى أنه عند أعواز التمر يعتبر قيمته في أقرب بلاد التمر إليه وان كان الرافعى لم يذكره (وأما) ما ذكره المصنف وغيره من الاصحاب علي قول أبى اسحاق واقتصروا عليه وأن المعتبر قيمة الحجاز فذلك إنما قالوه على قول أبى اسحاق وقد يكون أبو إسحاق لا يوافق على ما اقتضاه النص من تعين تمر البلد وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عند الوجود تمر البلد فان أعوز رجع إلي قيمة الحجاز وهو بعيد أيضا ولا يلزم من حكاية الاصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عند الاعواز على المذهب ولا شك أن مقتضى قول أبى اسحق اعتبارها فانه إذا اعتبرها في غير حالة الاعواز ففى حالة الاعوأز أولى فتخلص أن التمر الذى يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص وفيه على قول أبى اسحق ما ذكرته وإذا أوجبنا تمرا فعدل إلى تمر أعلى منه جاز كما قالوه في زكاة الفطر وفى الشاة المخرجة عن الابل ولو عدل إلى ما دونه لم يجزه كما ذكروه في الشاة هذا عند الوجود وعند الاعواز الواجب قيمته بأقرب البلاد إليه وقيل بالمدينة وهو مقتضى قول أبى اسحاق وقد يقال انه إذا عدل عند الوجود إلى نوع أعلى ينبغى أن يكون كالعدول إلى جنس آخر كما قيل بمثله في السلم إن اختلاف النوع كاختلاف الجنس وحينئذ فلا يجوز ههنا بغير **التراضي** ويجوز بالتراضى لان هذا يجوز الاعتياض عنه على لاصح كما تقدم بخلاف

---

(١) المجموع، ٤٩/١٢

المسلم فيه (وأما) العدول إلى نوع أدنى فلا يجوز إلا بالتراضى إلا إذا فرعنا على قول التخيير وكذلك في الزكاة إذا وجبت." (١)

"* قال المصنف رحمه الله تعالى * * (فان تراضيا على دفع الارش لاسقاط الخيار ففيه وجهان (أحدهما) يجوز وهو قول أبى العباس لان خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال وهو إذا حدث عند المشترى عيب فجاز إسقاطه إلى المال بالتراضى كالخيار في القصاص (والثانى) لا يجوز وهو المذهب لانه خيار فسخ فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة فان تراضيا علي ذلك (وقلنا) انه لا يجوز فهل يسقط خياره فيه وجهان (أحدهما) أنه يسقط لانه رضى بامساك العين مع العيب (والثانى) لا يسقط وهو المذهب لانه رضى باسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقى الخيار) * * * (الشرح) * الوجهان في جواز **التراضي** على إسقاط الخيار إلى بدل سواء كان ذلك البدل جزءا من الثمن أم غيره اتفقت الطرق على حكايتها والجواب منسوب إلى أبى العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم وبه قال أبو حنيفة ومالك والمنع قال القاضى حسين انه المنصوص وقال الامام انه ظاهر النص والمصنف في قوله انه المذهب تابع للشيخ أبى حامد وقال القاضى أبو الطيب
انه ظاهر المذهب والماوردي وهو الذى صححه البغوي والرافعي وغيرهما وفيه نظر فانهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الارش في مقابلة ما فات من المال ويسقط إلى مال كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا في خيار الشفعة والشرط والمعني الاول أحسن وصورة المسألة إذا لم يكن مانع من الرد ولا تأخر مسقط أما بأن يجهلا فورية الخيار أو يكون في خيار المصراة على القول بامتداده أو أن التشاغل بالاتفاق على الارش لا يعد إعراضا عن الرد ونظر القاضى حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين خلافا لابي إسحق المروزى وقد عرفت ما فيه قال القاضي حسين وقال أبو إسحق ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابي حد القذف وحق الشفعة ومقاعد الاسواق أجوز الصلح عنها ومنعها سائر الاصحاب لانها ليست بمال وانما يصح الاعتياض عما هو مال فأما إذا كان حقا مجردا." (٢)

"ومالا يقوفقه على عيبه الا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع وفي كلام الامام في مسألة الحلى ما يشهد للاحتمال الثاني والله أعلم * وقال إن القائل بان المبيع عند التنازع من يدعوا إلى الامساك يقول إذا فرض **التراضي** على الرد وضم أرش العيب الحادث فسبيله سبيل الاقالة (قلت) وذلك لا يدفع الاشكال فان الاقالة فسخ علي المذهب فيعود البحث فيها ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشترى الارش فان ثبت الاحتمال الثاني كما اقتضاه كلام الامام لم يكلف أن يبقى في ذمة المشترى بل لابد من إحضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الامام في مسألة الحلي وسأذكرها إن شاء الله تعالى وهو يبين ما تقدم من البحث في المصراة من اشتراط رد التمر معها وفى معرفة قدر

---

(١) المجموع، ٦٢/١٢

(٢) المجموع، ١٦٨/١٢

الارش الذى يرده المشترى عن العيب الحادث كلام سيأتي في معرفة أرش العيب القديم إن شاء الله تعالى والذى قاله الاصحاب في مسألة يغرم أن الرد يرد على العين مع الارش المردود وفى كلام المصنف هنا ما يقتضى ذلك وسنبينه إن شاء الله تعالى لكن الامام قال هناك ومما يجب التنبيه له إنا إذا قلنا في العيب الحادث حيث كان لازما في الصفقة أن المشترى يضم أرش نقص العيب الحادث إلى المبيع ويردهما فهذا في أصل وضعه إشكال فان التمليك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لا يتعدى المعقود عليه والرد كاسمه فتقدير إدخال ملك جديد في التمليك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة إلا أن يقول لرد يرد على المعيب بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشترى أرش المعيب بتأويل تقدير الضمان في حقه وتشبيه يده بالايدي الضامنة ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد فيضم الارش إلى المبيع المردود فيكون المضمون مستحقا بالسبيل الذى اشترت إليه وليس أرش العيب الحادث مردودا ولو قال الراد ارد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة وإذا رد مع لارش جرى في عين المضمون يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئا لم يرد عليه العقد وهذا يدل لما سيأتي عن المصنف وغيره من الاصحاب أن الارش عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن لكن الذى قاله المصنف والاصحاب هناك هو عام في كل عيب حادث أو خاص بما لا يوقف على عيبه إلا بكسره فيه نظر (الحالة الرابعة) أن تنازعا فيذعن أحدهما إلى الرد مع أرش العيب الحادث ويذعن الآخر إلى الامساك وغرامة أرش العيب القديم وهذا يفرض على وجهين لانه قد يكون طالب الرد." (١)

"فإذا فرض حصولها في يد المشترى منعت الرد فإذا اتفقا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفى تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات ومراد المصنف هنا

والاصحاب بما يحصل بفعل المشترى ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه فان ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة وكذلك كسر الحلى فلذلك يضمنه وسائر صور حدوث العيب غير مسألتنا هذه ومسألة الحلى الامر فيها سهل إذا كانت على حسب التراضي فان المتبايعان على ما شاءا من قليل وكثير أما ما إذا قلنا المجاب البائع أو المشترى ودعى إلى الرد مع الارش فيحتاج إليه وكذلك في هذه المسألة إذا كان الامر على ما نقدم عن الرافعى اما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الاصحاب من أنا إذا قلنا بالرد ورد الارش كان ذلك إلى المشترى وله الزام البائع به وفسخ العقد فيحتاج إلى البيان فيه ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الاصحاب الكلام في ذلك إلا في هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشترى يلزم البائع بالرد ثم يبقى الارش لازما له فاحتاجوا إلى بيانه ومسألة الحلى أولى بالبيان لان الامر فيها على بيان الالزام فإذا تقرر فحيث قلنا بالالزام وكلام المصنف هنا والاصحاب بل الشافعي في المختصر يقتضى ان ذلك منسوب إلى القيمة وجزم الاصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوبا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى وأما كونه يرجع في الفلس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المقصود في المفلس وصول البائع إلى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع إلى عين ماله فإذا فات منها جزء نسبناه من الثمن لانه الاصل المقصود هناك لا مقصود غيره فالمفلس مأخوذ منه بغير اختياره والمشترى هناك يراد باختياره ومقصوده نقض البيع الذى دلس عليه البائع فيه * (فرع)

---

(١) المجموع، ١٢/ ٢٣٧

* قال ابن الرفعة على كل حال فاى وقت نعتبر القيمة فيه فيه وجهان (اصلهما) ما إذا تعيب العين في يد المستام (أحدهما) وقت حدوث العيب (والثانى) اكثر ما كانت من حين القبض إلى حين حدوث العيب وكذا فيما قد يظن انه يقتضى ان العقد إذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الاول يرتفع من حين حدوث العيب وعلى الثاني يرتفع من حين القبض وليس كذلك بل هو مرتفع من حينه ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن ان يقال بتقدير جزء من الثمن فيتعين الرجوع إلى القيمة واقرب وقت تعتبر فيه عند الاول وقت حدوث العيب لان الواجب ارشه فلذلك اعتبره والقائل الاخر يقول قد انكشف الحال عن ضمان المعيب بالقيمة على المشترى وقد ثبتت يده على الفائت من حين القبض إلى حين التلف فضمن اكثر القيمة في ذلك قال وعلى الجملة ففى التسوية بين المستام والمشترى

في هذا المقام نظر ظاهر مع لحاظ ان العقد لا يرفع من اصله فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما." (١)

"وان سائر الاصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل وأما الاقالة فقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ إنها تقبل الفسخ واختار الروياني والرافعي بناءها على أنها بيع أو فسخ (فان قلنا) إنها بيع أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز فسخها احتمل أن يأتي فيها على الاوجه الثلاثة (وان قلنا) فسخ ولا يقبل الفسخ لم يتجه ذلك فيه وأما بقيه طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتى فيها هذه الاوجه بل تتخرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتي فيها قول القاضى في حالة العلم أيضا لعدم العوض وقد سلك الامام والغزالي في بناء المسائل المذكورة غير الذى سلكه المصنف والجمهور فجعلا مأخذ الخلاف في ذلك ان الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبى محمد في السلسلة في باب التفليس من قولين منصوصين للشافعي إذا قال لعبده إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم جا رأس الشهر ففى العتق قولان وهما يشبهان الخلاف أيضا فيما إذا علق طلاق زوجته بصفة ثم أبانها ثم جدد نكاحها ثم وجدت الصفقة وهذا أصل يخرج عليه مسائل (منها) لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ (ومنها) لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد للاب الرجوع (ومنها) إذا زال ملك المرأة عن الصداق ثم عاد إليها وطلقها زوجها قبل الدخول (ومنها) في هذا الباب إذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد ثم رد المشترى المبيع بعيب فهل يتعين لحق المشترى فيه طريقان (احداهما) تخريجه على الخلاف (والثانية) القطع بانه كالذى لم يزل لانه ليس مقصودا بالرد والصحيح من ذلك كله في هذه المسائل أنه كالذى لم يزل إلا الهبة فالصحيح فيها انه كالذى لم يعد (واعلم) أن طريقة المصنف والجمهور في البناء لا اشكال فيها وطريقة الامام المذكورة يحتاج فيها إلى فرق بين هذه الابواب ثم المسائل المذكورة اعني في عود المبيع بالبيع والهبة والارث والاقالة ليست على وتيرة واحدة فان الهبة والبيع ملك جديد قطعا والارث وان كان جديدا لكنه إذا جعلنا الوارث يبنى على حول الموروث كان ذلك هو الملك الاول والاقالة فسخ فالعائد بها هو الملك الاول وكان ينبغى أن لا يجرى الخلاف فيها لما لو رجع بالرد بالعيب وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأنها وان كانت فسخا فهى تشبهه بالتبيع لاجل التراضي ولهذا يرد على طريقة القاضى أبى الطيب وهو اعتذار حسن ان

---

(١) المجموع، ١٢/٢٨٥

سلم به ما قاله القاضى أبو الطيب وقد تقدم أن الرويانى اختار خلافه وبناها على أنها فسخ أو بيع وطريقة المصنف والجمهور سالمة عن الاعتراض أو تكون المسائل كلها في درجة واحدة لا ترتيب فيها * نعم الاقالة لا بد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد بالعيب عند الجميع ثم ان القاعدة المذكورة التى بنى الامام عليها لم يلاحظوها في كل مكان ألا ترى أنه لو باع النصاب في أثناء الحول ثم استرده بسبب جديد لم يقل أحد بأنه كالذى لم يزل حتى تجب الزكاة في ذلك الحول وغير ذلك من المسائل فما الضابط." (١)

"أو لا.

وحديث ابن مسعود يدل على أن القول قول البائع مع يمينه والبينة على المشترى من غير فرق بين أن يكون البائع مدعيا أو مدعى عليه، فبين الحديثين عموم وخصوص من وجه، فيتعارضان باعتبار مادة الاتفاق.

وهي حيث يكون البائع مدعيا فينبغي أن يرجع في الترجيح إلى الامور الخارجية، وحديث " أن اليمين على المدعى عليه " رواه أحمد ومسلم، وهو أيضا في صحيح البخاري في الرهن وفى باب اليمين على المدعى عليه.

وفى تفسير آل عمران.

وأخرجه الطبراني بلفظ " البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه " وأخرجه الاسماعيلي بلفظ: ولكن البينة على الطالب واليمين على المطلوب.

وأخرجه البيهقى بلفظ " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر " وهذه الالفاظ كلها في حديث ابن عباس ممن رام الترجيح بين الحديثين لا يصعب عليه ذلك قال المصنف رحمه الله تعال ى: (فصل) وإذا تحالفا وجب فسخ البيع لانه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف وهل ينفسخ بنفس التحالف أم لا.

فيه وجهان (أحدهما) أنه ينفسخ

بنفس التحالف كما ينفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف، ولان بالتحالف صار الثمن مجهولا والبيع لا يثبت مع جهالة العوض فوجب أن ينفسخ (والثانى) أنه لا ينفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص لان العقد في الباطن صحيح لانه وقع على ثمن معلوم فلا ينفسخ بتحالفهما، ولان البينة أقوى من اليمين.

ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه لم ينفسخ البيع، فلان لا ينفسخ باليمين أولى.

وفى الذى يفسخه وجهان (أحدهما) أنه يفسخه الحاكم لانه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب (والثانى) انه ينفسخ بالمتعاقدين لانه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من المتبايعين كالرد بالعيب (الشرح) قوله " وإذا تحالفا وجب فسخ البيع " لسبق قولنا إنه يشجب **التراضي** المنصوص عليه في قوله عزوجل " عن تراض منكم " ولقولنا: والاختلاف بين المتبايعين في أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع،." (٢)

---

(١) المجموع، ٣٠١/١٢

(٢) المجموع، ٥٩/١٣

"في الثمن، نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن وننقضه بادعاء هذا أن يكون له الخيار، وأنه لم يقر بالبيع إلا بخيار، وكذلك لو ادعى المشترى الخيار كان القول فيه هكذا.

اه ومرادنا من سوق هذا النص: قوله رضى الله عنه: نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن.

والنقض هنا نقض الظاهر، أما النقض في الباطن فلا، لانه يمكن

أن يتراضيا بغير عقد جديد فيمضى العقد على سننه.

وذلك هو قول المصنف (لان العقد في الباطن صحيح) قوله " ولان البينة أقوى من اليمين " لانها مقدمة عليه ولانه بقيامها لا يسوغ اليمين لان وسائل الاثبات إذا كانت كتابية وممهورة بخاتم أو توقيع البائع أو المشترى أو كليهما كان لا محل لليمين هنا ولان العقد وقع بين المتبايعين بالقواعد العامة المقررة شرعا من **التراضي** بين ذوى أهلية للتعاقد، ويكفينا أن نقول: انه يجب أن يقع **التراضي** على الامور الثلاثة وهى: ماهية العقد، والمبيع، والثمن فيجب لانعقاد البيع أن تتجه الارادتان إلى البيع والشراء، أما إذا لم تتقابل الارادتان في هذا المعنى بأن قصد أحد المتبايعين البيع والثانى عقدا آخر لم ينعقد عقد بيع ولا عقد آخر، وإذا قصدا معا إلى عقد آخر غير البيع طبقت أحكام هذا العقد ولو سمياه بيعا.

ومن هنا كان اتفاق الارادتين على الشئ المبيع ذاته، كان العقد صحيحا باطنا وظاهرا، فإذا اختلفا فقد أخلا بظاهره دون باطنه لسبق التقاء إرادتيهما على عقده.

أما إذا كانت هناك بينة ثم اختلفا وترافعا إلى القاضى، فإن القاضى يفسر بحكمه إرادة المتعاقدين، فإذا تعذر على القاضى ذلك لعدم توفر الخصائص الذاتية المميزة للتعاقد بموجب البينة المقدمة إليه، كما لو كانت وثيقة مزورة، أو شهادة مفتعلة، أو أمارات لا ينتهض لاقناعه بتوفر العناصر الاساسية للعقد واستحال على القاضى إعطاء الوصف الشرعي لصحة العقد أمر بفسخه، وهل يأمر بفسخه على الفور ؟ أم على التراخي ؟ الصحيح أنه إذا خشى تلف المبيع، أو فوات مصلحة تتعلق بنفوقه أو كساده كان قضاؤه على الفور.

أما إذا ترتب على التراخي عدم ما ذكرنا مع توقع تقدم أحد." (١)

"(فصل) وإن اختلفا في شرط الخيار أو الاجل أو الرهن أو في قدرها تحالفا لما ذكرناه في الثمن، فإن اختلفا في شرط يفسد البيع ففيه وجهان، بناء على القولين في شرط الخيار في الكفالة.

أحدهما: أن القول قول من يدعى الصحة، لان الاصل عدم ما يفسد.

والثانى: أن القول قول من يدعى الفساد، لان الاصل عدم العقد فكان

القول قول من يدعى ذلك، فإن اختلفا في الصرف بعد التفرق، فقال أحدهما: تفرقنا قبل القبض، وقال الآخر: تفرقنا بعد القبض، ففيه وجهان، أحدهما أن القول قول من يدعى التفرق قبل القبض، لان الاصل عدم القبض، والثانى أن القول قول من يدعى التفرق بعد القبض، لان الاصل صحة العقد، وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما تفرقنا عن تراض،

---

(١) المجموع، ٦١/١٣

وقال الآخر تفرقنا عن فسخ البيع ففيه وجهان.
أحدهما أن القول قول من يدعى التراضي، لان الاصل عدم الفسخ وبقاء العقد، والثانى أن القول قول من يدعى الفسخ لان الاصل ع دم اللزوم ومنع المشترى من التصرف، فأما إذا اختلفا في عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع عندك حدث العيب وقال المشترى بل حدث عندك، فالقول قول البائع، لان الاصل عدم العيب فان اختلفا في المردود بالعيب فقال المشترى هو المبيع، وقال البائع: الذى بعتك غير هذا فالقول قول البايع لان الاصل سلامة المبيع، وبقاء العقد، فكان القول قوله، فان اشترى عبدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيبا فرده وقلنا إنه يجوز أن يرد أحدهما واختلفا في قيمة التالف ففيه قولان، أحدهما وهو الصحيح أن القول قول البايع.
لانه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذى يقر به كالمشترى والشفيع إذا اختلفا في الثمن.
فان القول قول المشترى، لانه ملك الشقص فلا يزال إلا بما يقر به، والثانى.
أن القول قول المشترى لانه كالغارم فكان القول قوله فان باعه عشرة أقفزة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشترى أنها دون حقه ففيه قولان.
أحدهما: أن القول قول المشترى، لان الاصل أنه لم يقبض جميعه.." (١)
"الثمن والمثمن، والزوج لا يجوز أن يجتمع له ملك المهر والبضع، ولان ما أخذت قيمته للمغصوب امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياسا على ما أمكن رده ودليلنا قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فما خرج عن التراضي خرج عن الاباحة في التمليك، ولحديث سمرة مرفوعا " على اليد ما أخذت حتى ترده " فجعل الرد غاية الاخذ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الاحوال كلها، ولان قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه (فرع) إذا نما البدل في يد المغصوب منه فلا يخلو حال البدل من أن تكون الزيادة منفصلة أو غير منفصلة، فإن كانت الزيادة منفصلة كالولد والبيض واللبن فلا ترد الزيادة.
أما إذا كانت متصلة كالسمن ونحوه فإن البدل يرد مع الزيادة وهذا الحكم يختلف عنه في حالة زيادة المغصوب كما سيأتي.
قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) فإن نقص المغصوب نقصانا تنقص به القيمة نظرت، فان كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصانا مستقرا أو غير مستقر، فان كان مستقرا
بأن كان ثوبا فتخرق، أو إناء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعاما فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص، لانه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمه فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب، فان ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببدله لم يكن له ذلك ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنه: أن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه لان مثله أقرب إلى حقه من الدقيق، والمذهب الاول، لان عين ماله باقيه فلا يملك المطالبة ببدله كالثوب إذا تخرق والشاة إذا ذبحت وإن كان نقصانا غير مستقر، كطعام ابتل وخيف عليه الفساد، فقد قال في الام "

---

(١) المجموع، ٧٩/١٣

للمغصوب منه مثل مكيلته " وقال الربيع فيه قول آخر أنه يأخذه وأرش النقص، فمن أصحابنا من قال هو على قولين (أحدهما) يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تخرق (والثانى) أنه يأخذ مثل مكيلته لانه يتزايد فساده إلى أن يتلف." (١)

"(والثانى) يجوز لانه عن اتفاق لم يتضمنه فيما بينهم عقد فاعتبر فيه **التراضي** فان شرطوا أن يكون المال بينهم مقسطا على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجز لانه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم فبطل ولا يؤثر بطلانه في العقد لانه ليس فيما بينهم عقد وكانوا متساوين فيه.

المسألة الثانية في حكم نضالهما وفيما يحتسب به من الصواب والخطأ، والمعتبر فيه أن يكون عدد الرشق ثلاثين أو ستين أو تسعين أو عددا يكون له ثلث صحيح، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق خمسين ولا سبعين ولا مائة، لانه ليس له ثلث صحيح.

وان كان عدد الحزب أربعة كان عدد الرشق أربعين أو ماله ربع صحيح، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق ما ليس له ربع صحيح، وهكذا ان كان عدد الحزب خمسة وجب أن يكون عدد الرشق ماله خمس صحيح لانه إذا لم ينقسم عدد الرشق على عدد الحزب الا بكسر يدخل عليهم لم يصح التزامهم له لان اشتراكهم في رمى السهم لا يصح، فأم ا عدد الاصابة المشروطة فيجوز أن لا ينقسم على عددهم لان الاعتبار فيها باصابتهم لا باشتراكهم، فإذا استقر هذا بينهم لزعيم كل حزب باصابات كل واحد من أصحابه واحتسب عليه خطأ كل واحد منهم سواء تساوى رجال الحزب في الاصابة وهو نادر أو تفاضلوا فيها وهو الغالب، فإذا جمعت الاصابتان والمشروط فيها اصابة خمسين من مائة لم يخل مجموع الاصابتين من ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يكون المجموع من اصابة كل حزب خمسين فصاعدا، فليس فيهما منضول، وان تفاضلا في النقصان من الخمسين.

والحال الثانية: أن مجموع اصابة كل منهما أقل من خمسين، فليس فيهما منضول لتساويهما في النقصان.

والحال الثالثة: أن يكون مجموع اصابة احداهما خمسين فصاعدا، ومجموع اصابة الاخر أقل من خمسين فمستكمل الخمسين هو الناضل، وان كان أحدهم في." (٢)

"فيه حجة كما قال النووي لاحتمال أن يكونا خطباها معا أو لم يعلم الثاني بخطبة الاول والنبى صلى الله عليه وسلم أشار بأسامة ولم يخطب، وعلى تقدير أن ذلك كان خطبة فلعله كان بعد ظهور رغبتهما عنها، وظاهر حديث فاطمة أن أسامة خطبها مع معاوية وأبى الجهم فهى عند أحمد ومسلم وأصحاب السنن الخمسة: أبى داود والترمذي وابن ماجه والنسائي والدارقطني (قالت: وقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حللت فآذنينى فأذنته فخطبها معاوية وأبوالجهم وأسامة بن زيد.

---

(١) المجموع، ١٤/٢٤٠

(٢) المجموع، ١٥/١٨٩

الحديث) وعن بعض المالكية لا تمتنع الخطبة إلا بعد **التراضي** على الصداق.

ولا دليل على ذلك.

وقال داود: إذا تزوجها الثاني فسخ النكاح قبل الدخول وبعده.

وللمالكية في ذلك قولان، فقال بعضهم يفسخ قبله لا بعده.

قال في الفتح: وحجة الجمهور أن المنهى عنه الخطبة وهى ليست شرطا في صحة النكاح فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة.

قال في الام: وإن قالت امرأة لوليها زوجنى من شئت أو ممن ترى، حل لكل أحد خطبتها لحديث فاطمة بنت قيس قالت: طلقني زوجي أبو حفص بالشام ثلاثا فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فأمرني أن أعتد في بيت أم مكتوم وقال: إذا حللت فآذنينى، فلما انقضت عدتي أتيته فأخبرته وقلت له إن معاويه وأبا جهم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما معاوية فصعلوك لا مال له: وأما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه، ولكن أدلك على من هو خير لك منهما، قلت ومن يا رسول الله ؟ قال أسامة بن زيد، قلت أسامة.

قال نعم أسامة.

الخ الحديث.

قال الشافعي رضى الله عنه، ولم تكن فاطمة رضى الله عنها أذنت في نكاحها من معاوية ولا من أبى الجهم، وإنما كانت تستشير النبي صلى الله عليه وسلم، ومعلوم أن الرجلين إذا خطبا امرأة خطبها أحدهما بعد الاخر فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم على الآخير منهما ثم خطبها النبي صلى الله عليه وسلم لثالث بعدهما فدل على جوازه وإن خطب رجل امرأة إلى وليها وكان ممن يخيرها فعرض له بالاجابة، ولم يصرح مثل أن يقول أنا أستشير في ذلك، أو أنت مرغوب فيك، أو يشترط بشرائط العقد مثل تقديم المهر وغيره، فهل يحرم على غيره خطبتها، فيه قولان،." (١)

"وعن مالك تقبل من جميع الكفار إلا من ارتدوا به، قال الاوزاعي وفقهاء الشام: وحكى ابن القاسم عن مالك أنها لا تقبل من قريش وحكى ابن عبد البر الاتفقا على قبولها من المجوس، لكن حكى ابن التين عن عبد الملك أنها لاتقبل إلا من اليهود النصارى فقط، ونقل الاتفاق على أنه لا يحل نكاح نسائهم ولا أكل ذبائحهم.

وحكى غيره عن أبى ثور حل ذلك.

قال ابن قادمة وهذا خلاف إجماع من تقدمه وقال الشافعي: تقبل من أهل الكتاب، عربا كانوا أو عجما، ويلتحق بهم المجوس في ذلك، قال أبو عبيد: ثبتت الجزية على اليهود والنصارى بالكتاب، وعلى المجوس بالسنة

قال الامام الخطابى في العالم: جواز أخذ الجزية من العرب كجوازه من العجم، وكان أبو يوسف يذهب إلى أن الجزية لا تؤخذ من عربي، وقال مالك والاوزاعي والشافعي: العربي والعجمي في ذلك سواء، وكان الشافعي يقول: إنما الجزية على الاديان لا على الانساب، ولو لا أن ف أ ثم بتمني الباطل وددنا أن الذى قال أبو يوسف كما قال وأن لا يجرى

---

(١) المجموع، ٢٦٢/١٦

على عربي صغار، ولكن الله أجل في أعيننا من أن نحب غير ما قضى به.

قوله (سنوا بهم سنة أهل الكتاب) أي خذوهم على طريقهم، أي أمنوهم وخذوا عنهم الجزية، والسنة الطريق قوله (نبذ إليهم عهدهم) أي رمى به.

والنبذ رمى.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وأقل الجزية دينار لما روى معاذ بن جبل رضى الله عنه قال (بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأمرني أن آخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافريا) وإن التزم أكثر من دينار عقدت له الذمة أخذ بأدائه لانه عوض في عقد منع الشرع فيه من النقصان عن دينار وبقى الامر فيما زاد على ما يقع عليه **التراضي**، كما لو وكل وكيلا في بيع سلعة وقال لا تبع بما دون دينار فإن امتنع قوم من أداء الجزية باسم الجزية وقالوا نؤدى باسم الصدقة، ورأى." (١)

"الواجبات قال تسقط عنه، وإن كان إسلامه بعد الحول ومن رأى انه لا يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثيرا من الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال لا تسقط بعد انقضاء الحول، فسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة أو لا يهدمها.

قال الغزنوى الحنفي في كتابه الغرة (مسألة) إذا أسلم الذى أو مات بعد

وجوب للجزية بمرور الحول سقطت عند أبى حنيفة وعند الشافعي لا تسقط.

حجة أبى حنيفة قوله صلى الله عليه (لا جزية على مسلم) وقوله صلى الله عليه وسلم (الاسلام يجب ما قبله) وروى أن ذميا طولب بالجزية في زمن عمر فأسلم، فقيل إنك أسلمت تعوذا.

سبق ابرادها فيما ذكره منار السبيل، ولان الجزية وجبت عقوبة على الكفر وهى تسقط بالاسلام حجة الشافعي أن الجزية وجبت على العصمة والامن فيما مضى ماله كان في معرض التلف فحصلت له الصيانة بقبول الجزية، وقد وصل إليه العوض فلا تسقط عنه المعوض ب ا لاسلام والموت، والجواب عنه أن هذا قياس في مقابلة النص والآثار فلا يقبل.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا تؤخذ الجزية من صبى لحديث معاذ قال: أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آخذ من كل حالم دينار أؤ عدله معافريا، ولان الجزية تجب لحقن الدم والصبى محقون الدم وإن بلغ صبى من أولاد أهل الذمة فهو في أمان لانه كان في الامان فلا يخرج منه من غيره عناد، فإن اختار أن يكون في الذمة ففيه وجهان (أحدهما) أنه يستأنف له عقد الذمة، لان العقد الاول كان للاب دولة فعلى هذا جزيته على ما يقع عليه **التراضي** (والثانى) لا يحتاج إلى استئناف عقد لانه تبع الاب في الامان فتبعه في الذمة، فعلى هذا يلزمه جزية أبيه وجده من الاب ولا يلزمه جزية جده من الام لانه لا جزية على الام فلا يلزمه حزية أبيها." (٢)

---

(١) المجموع، ٣٩١/١٩

(٢) المجموع، ٤٠٢/١٩

"(فصل) ولا تؤخذ الجزية من مجنون لانه محقون الدم فلا تؤخذ منه

الجزية كالصبى، وإن كان يجن يوما ويفيق يوما لفق أيام الافاقة، فإذا بلغ قدر سنة أخذت منه الجزية لانه ليس تغليب أحد الامرين بأولى من الآخر فوجب التلفيق، وإن كان عاقلا في أول الحول ثم جن في أثنائه وأطبق الجنون ففى جزية ما مضى من أول الحول قولان، كما قلنا فيمن مات أو أسلم في أثناء الحول.

(فصل) ولا تؤخذ الجزية من امرأة لما روى أسلم أن عمر رضى الله عنه كتب إلى امراء الجزية ان لا تضربوا الجزية على النساء ولا تضربوا إلا على من جرت عليه الموسى، ولانها محقونة الدم فلا تؤخذ منها الجزية كالصبى، ولا تؤخذ من الخنثى المشكل لجواز أن يكون امرأة، وان طلبت المرأة من دار الحرب أن تعقد لها الذمة وتقيم في دار الاسلام من غير جزية جاز لانه لاجزية عليها ولكن يشترط عليها أن تجرى عليها أحكام الاسلام، وإن نزل المسلمون على حصن فيه نساء بلا رجال فطلبن عقد الذمة بالجزية ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يعقد لهن لان دماءهن محقونة، فعلى هذا يقيمون حتى يفتحوا الحسن ويستبقوهن (والثانى) أنه يجوز أن يعقد لهن الذمة وتجرى عليهن أحكام المسلمين كما قلنا في الحربية إذا طلبت عقد الذمة، فعلى هذا لا يجوز سبيهن وما بذلن من الجزية الهدية، وان دفعن أخذ منهن وان امتنعن لم يخرجن من الذمة (فصل) ولا يؤخذ من العبد ولا من السيد بسببه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال (لاجزية على مملوك) ولانه لا يقتل بالكفر فلم تؤخذ منه الجزية كالصبى والمرأة ولا تؤخذ ممن نصفه حر ونصفه عبد لانه محقون الدم فلم تؤخذ منه الجزية كالعبد.

ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر أنه يؤخذ منه بقدر ما فيه من الحرية لانه يملك المال بقدر ما فيه من الحرية، وان أعتق العبد نظرت فإن كان المعتق

مسلما عقدت له الذمة بما يقع عليه التراضي من الجزية، وان ك ا ن ذميا ففيه وجهان (أحدهما) أنه يستأنف له عقد الذمة بما يقع عليه التراضي من الجزية." (١)

"٦ – وكذلك هناك خلاف بين الفقهاء حول اعتبار القذف من الجنايات التى تؤاخذ الناس عليها شرطة الدولة ومحكمتها، فيقول ابن أبى ليلى أنه من حق الله فيجب أن يقام عليه الحد سواء أطالب به المقذوف أو لم يطالب وهو من حق الله ولكن المقذوف فيه حق من حيث دفع العارعنه عند أبى حنيفة وأصحابه أيضا، ولكن بمعنى أنه إذا ثبتت الجريمة على أحد وجب أن يقام عليه الحد، ولكن يتوقف رفع أمره إلى الحكام على ارادة المقذوف ومطالبته فهو من هذه الجهة من حقوق العباد.

وهذا الرأى هو الذى ذهب إليه الشافعي والاوزاعي، وأما مالك فعنده التفصيل، فيقول: ان قذف القاذف بحضور من الامام يؤخذ عليه والا فإن اقامة الدعوى عليه متوقفة على مطالبة المقذوف.

٧ – ليس القذف من الجرائم التى يجوز التراضي عليها بين الفريقين ٨ – وعند الحنفية لا يطالب بإقامة الحد على القاذف الا المقذوف نفسه أو من لحق بنسبه العار لقذفه عندم ا لم يكن المقذوف نفسه حاضرا للمطالبة كالوالد والوالدة

---

(١) المجموع، ٤٠٣/١٩

والاولاد وأولاد الاولاد.

وعند مالك الشافعي هذا حق من الحقوق القابلة للموارثة، فإذا مات المقذوف قبل استيفائه الحد على القاذف فلورثته أن يطالبوا به، غير أنه من العجب أن الشافعي يستثنى من الورثة الزوج والزوجة، ويستدل على ذلك بأن علاقة الزوجية ترتفع بالموت وأن المقصود من الحد دفع العار عن النسب وهو لا يلحق بالزوج وبالزوجة – وهذا استدلال غير قوى في حقيقة الامر – فإذا كانت المطالبة بإقامة الحد على القاذف حقا يرثه ورثة المقذوف بعد موته فما هناك سبب معقول لان يحرم منه الزوجان.

٩ – وإذا ثبت عن رجل أنه ارتكب القذف فإن الشئ الوحيد الذى ينقذه

من الحد هو أن يأتي بأربعة شهداء، ويجب أن يحضر هؤلاء الشهداء المحكمة مجتمعين ويؤدوا الشهادة في وقت واحد، وبهذا قال الحنفيون أما الشافعيون فقد ذهبوا إلى أنه لا يحصل أي فرق بحضور ا لشهداء المحكمة مجتمعين أو متفرقين." (١)

"وإن اختلفت سهامهم فإن كان لواحد السدس وللآخر الثلث والثالث النصف قسمتها على أقل السهام وهو السدس فيجعلها أسداسا ويكتب الاسماء ويخرج على السهام فيأمر أن يخرج على السهم الاول، فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج على السهم الثاني إن خرج اسم صاحب الثلث أخذ الثاني والذى يليه، لانه له سهمين وتعين الباقي لصاحب النصف.

وإن خرجت الرقعة الاولى على اسم صاحب النصف أخذ السهم الاول والذين يليانه وهو الثاني والثالث ثم يخرج على السهم الرابع، فإن خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذى يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس لصاحب السدس، وإنما قلنا انه يأخذ مع الذى يليه لينتفع بما يأخذه ولا يستضر به ولا يخرج في هذا القسم السهام على الاسماء لانالو فعلنا ذلك ربما خرج السهم

الرابع لصاحب النصف فيقول آخذه وسهمين قبله، ويقول الاخران بل نأخذه وسهمين بعده فيؤدى إلى الخلاف والخصومة.

(فصل) وإذ ا ترافع الشريكان إلى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة اجبار لم يعتبر تراضى الشركاء، لانه لما لم يعتبر التراضي في ابتداء القسمة لم يعتبر بعد خروج القرعة، فإن نصب الشريكان قاسما فقسم بينهما فالمنصوص أنه يعتبر التراضي في ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة، وقال في رجلين حكما رجلا ليحكم بينهما ففيه قولان.

(أحدهما) أنه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما.

(والثانى) أنه لا يلزم الحكم إلا برضاهما والقاسم ههنا بمنزلة هذا الحاكم لانه نصبه الشريكان فيكون على قولين، أحدهما وهو المنصوص أنه يعتبر الرضى بعد خروج القرعة، لانه لما اعتبر الرضا في الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة والثانى أن لا

---

(١) المجموع، ٧٣/٢٠

يعتبر، لان القسام مجتهد في تعديل السهام والاقراع، فلم يعتبر الرضى بعد حكمه كالحاكم، وان كان في القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم إلا بالتراضى.

وقال أبو سعيد الاصطخرى تلزم من غير تراض كقسمة الاجبار." (١)

"وهذا خطأ لان في قسمته الاجبار لا يعتبر الرضى في الابتداء، وههنا يعتبر فاعتبر بعد القرعة.

(فصل) إذا تقاسما أرضا ثم ادعى أحدهما غلطا، فإن كان في قسمة اجبار لم يقبل قوله من غير بينة، لان القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم، فإن أقام البينة على الغلط نقضت القسمة، وان كان في قسمة اختيار نظرت فإن تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لانه رضى بأخذ حقه ناقصا، وان أقام بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضى دون حقه ناقصا

وان قسم بينهما قاسم نصباه، فإن قلنا انه يفتقر إلى **التراضي** بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لانه رضى بأخذ الحق ناقصا، وان قلنا انه لا يفتقر إلى **التراضي** بعد خروج القرعة فهو كقسمة الاجبار فلا يقبل قوله الا ببينة، فإن كان في القسمة رد لم يقبل قوله على المذهب، وعلى قول أبى سعيد الاصطخرى هو كقسمة الاجبار فلم يقبل قوله الا ببينة.

(فصل) وان تنازع الشريكان بعد القسمة في بيت في دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما أنه في سهمه ولم يكن له بينة تحالفا ونقضت القسمة كما قلنا في المتبايعين، وأن وجد أحدهما بما صار إليه عينا فله الفسخ كما قلنا في البيع

(فصل) إذا اقتسما أرضا ثم استحق مما صار لاحدهما شئ بعينه نظرت فإن استحق مثله من نصيب الاخر أمضيت القسمة، وان لم يستحق من حصة الاخر مثله بطلت القسمة، لان لمن استحق ذلك من حصته أن يرجع في سهم شريكه، وإذا استحق ذلك عادت الاشاعة، وإذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة في المتسحق، وهل تبطل في الباقي فيه وجهان.

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يبنى على تفريق الصفقة فإن قلنا ان الصفقة لا تفرق بطلت القسمة في الجميع، وان قلنا انها تفرق صحت في الباقي.

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق أن القسمة تبطل في الباقي قولا واحدا." (٢)

"جعلها الفقهاء في القسمه تطيبا لنفوس المتقاسمين، وهى موجودة في الشرع في قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) (وما كنت لديهم أذ يلقون أقلامهم) والاثر الصحيح الذى جاء فيه أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث ذلك الرقيق.

وأما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة.

(العروض) وأما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منها للفساد الداخل في ذلك، واختلفوا إذا

---

(١) المجموع، ١٧٨/٢٠

(٢) المجموع، ١٧٩/٢٠

تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما ولم يتراضيا الانتفاع بها على الشياع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه، فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك، فإن أراد أحدهما أن يأخذ بالقيمة التى أعطى

فيها أخذه.

وقال أهل الظاهر لا يجبر لان الاصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو اجماع، وحجة مالك أن في ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل، وقد قلنا في غير ما موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الامصار الا مالك، ولكنه كالضروري في بعض الاشياء، وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة.

(المكيل والموزون) فلا تجوز فيه القرعة باتفاق، والمكيل لا يخلو أن يكون صبرة أو صبرتين فزائدا فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين، ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفصيل البين كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي، أعنى الذى لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول، ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن وأما ان كانت قسمته تحريا فقيل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون." (١)

" فصل : في شروط البيع فإذا ثبت ما ذكرنا في حقيقة البيع وانتقال الملك به : فقد ذكر الشافعي في كتاب الأم ما يلزم به البيع ، وما يجوز أن يفسخ به البيع .

فقال : وجماع ما يجوز من كل بيع آجل وعاجل ، وما لزمه اسم بيع بوجه ، لا يلزم البائع والمشتري حتى يجتمعا أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به ولا يعقداه بأمر منهي عنه ، ولا على أمر منهي عنه ، وأن يتفرقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي بالبيع ، فإذا اجتمع هذا لزم كل واحد منهما البيع فلم يكن له رده إلا بخيار ، أو في عيب يجده ، أو شرط يشترطه ، أو خيار الرؤية - إن جاز خيار الرؤية - ومتى لم يكن هذا لم يقع البيع بين المتبايعين .

وحكى المزني عن الشافعي في جامعه الكبير مثله سواء .

فأراد الشافعي بهذه الجملة أن يبين شروط العقد ، وشروط الرد .

فأما شروط العقد التي يصير بها لازما في البيع فأربعة : أحدها : أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به حتى لا يكونا مكرهين ولا أحدهما : لأن بيع المكره لا يصح .

والثاني : أن لا يعقداه بأمر منهي عنه يعني بذلك الأجل المجهول ، والشروط المبطلة للعقود ، وما ورد النهي في تحريمه من البيوع." (٢)

---

(١) المجموع، ١٨٤/٢٠

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٢٠/٥

"كالملامسة والمنابذة .

والثالث : أن لا يعقداه على أمر منهي عنه ، يعني بذلك الأعيان المحرمة : كالخمر والخنزير ، وما لا منفعة فيه : كالهوام والحشرات .

وهذه الثلاثة هي شروط في صحة العقد ، فمتى أخل بشرط منها ، فسد العقد .

والرابع : أن يفترقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على **التراضي** بالبيع .

وهذا شرط في لزوم العقد بعد وقوع صحته .

وكان ابن المرزبان وغيره من أصحابنا يضمون إلى الأربعة شرطا خامسا : وهو أن يكون المتبايعان جائزي الأمر ، فلا يكونا ، ولا أحدهما ، محجورا عليه بصغر أو جنون ، أو سفه : لأن بيع المحجور عليه باطل .

وامتنع سائر أصحابنا من تخريج هذا الشرط الخامس .

وأجابوا عنه بجوابين : أحدهما : أن هذا شرط في البائع لا في البيع ، والشافعي إنما ذكر شروط البيع ، وهذا جواب البغداديين .

الجزء الخامس [١] والثاني : وهو جواب البصريين أن ذلك داخل في جم لة الشرط الثاني ، وهو أن لا يعقداه بأمر منهي عنه ، لأن عقد المحجور عليه منهي عنه ، فلم يحتج أن يجعله شرطا خامسا .

وهذا أصح الجوابين : لأن الشافعي قد ذكر في الشرط الأول أن يعقداه عن تراض ، وهذا شرط في البائع دون البيع . فهذه شروط." [٢]

"عموم قوله تعالى وأحل الله البيع [البقرة :] ولأن كل سلعة جاز بيعها من غير بائعها بثمن جاز بيعها من بائعها بذلك الثمن كالعرض .

ولأن كل سلعة جاز بيعها من شخص بعرض جاز بيعها منه بقيمة ذلك العرض كالأجنبي .

ولأنه بيع لا يحرم التفاضل في عوضه فوجب أن لا يكون الرجوع في تقدير ثمنه إلى عاقد كالبيع الأول .

ولأن لكل واحد من العقدين حكم نفسه بدليل أن كل واحد منهما يصح مع **التراضي** ويبطل مع الإكراه ويفتقر إلى البدل والقبول ، وإذا انفرد كل واحد منهما بحكم نفسه لم يجز اعتبار أحدهما بالآخر ولا بناء أحدهما على الآخر .

وأما الجواب عن استدلالهم بحديث عائشة رضي الله عنها فمن وجوه : أحدها : ضعف إسناده ووهاء طريقه .

قال الشافعي : قلت لمن احتج بهذا الحديث : أتعرف هذه المرأة .

فقال : لا .

فقلت : كيف يصح لك الاحتجاج بحديث من لا تعرفه على أن أبا حنيفة لا يقبل من أحاديث النساء إ لا ما روته

---

(١)

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥/٢١

عائشة وأم سلمة .

والجواب الثاني : أن عائشة رضي الله عنها إنما أبطلت البيع إلى العطاء : لأنه أجل مجهول والآجال المجهولة يبطل بها البيع .

الجزء الخامس [1] فإن قالوا : إنما أنكرت البيع الثاني : لأنها قالت." [2]

" فصل : فإن كان الحائط بناء وعرصة نظر في طالب القسمة طلب احد الشريكين فى الجدار القسمة طولا أوعرضا ، فإن دعى إليها عرضا الجزء السادس [3] ليكون له شبر من عرض البناء والعرصة من الطول كله لم يجب إليها جبرا ، ولا يصح ذلك بينهما تراضيا واختيارا ، وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به وبصاحبه ، لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه ، وإن أراد وضع شيء عليه وقع الثقل على ما لشريكه فأضر به .

فإن قيل : فهلا جاز ذلك بتراضيهما ؟ قيل : إن تراضيا بهدمه في الحال والاقتسام بآلته جاز .

وإن تراضيا بقسمته بناء قائما ، وتحديد ما لكل واحد منهما متصلا لم يجز ، وإن لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد .

وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولا ليكون لكل واحد منهما نصفه طولا في العرض كله جازت **بالتراضي** .

وفي جواز الإجبار عليها وجهان : أحدهما وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي : لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها ؛ لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار له إلا بهدم شيء من نصف صاحبه فصارت ضررا عليهما .

والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : يجبره على هذه القسمة." [4]

"لم يقبض .

فأما في المقبوض فعلى قول أبي إسحاق المروزي أن الفساد الطارئ بعد العقد بمثابة الفساد المقترن بالعقد ، يكون الصلح على قولين من تفريق الصفقة .

أحدهما : باطل لبطلانه فيما لم يقبض .

والثاني : جائز .

وعلى قول جمهور أصحابنا : إن الفساد الطارئ بعد العقد مخالف لما فارق العقد ، وإن فساد بعض ما تضمنته الصفقة بما يأتي من الفساد لا يوجب فساد ما بقي إذا عري عن الفساد ، فعلى هذا يكون الصلح في المقبوض جائزا قولا واحدا .

---

(١)

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦٤٠/٥

(٣) ٣٩٧

(٤) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨٦٥/٦

الجزء السادس (١) ثم ينظر في المصالح فإن كان ما اختار الفسخ عند فراقه قبل قبض البقية فلا خيار له في الفسخ لأن فراقه قبل قبض الباقي رضى منه بتفريق الصفقة فلم يكن له فسخها بعد **التراضي** .

وإن كان أنكر فراقه قبل قبض الباقي فهو بالخيار بين أن يقيم أو يفسخ ، فإن فسخ رد ما قبض وطالب بالدنانير التي كانت له .

وإن أقام فعلى طريقة أبي إسحاق يجعل فيم ا يأخذ به المطلوب المقبوض قولين : أحدهما : يأخذه بكل الدنانير .

والثاني : بالحساب والقسط .

وعلى طريقة غيره يجعل المقبوض مأخوذا بحسابه وقسطه قولا واحدا .

". (٢)

" فصل : وأما المحتال (من أركان الحوالة) تعريفه وشرطه فهو صاحب الحق الذي نقله من ذمة المحيل إلى ذمة أخرى ورضاه بنقل الحق شرط في صحة الحوالة ، وليس قبولها واجبا عليه ، وقال داود وأبو ثور قبولها إذا أحيل على مليء واجب عليه لقوله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل ، وهذا أمر يقتضي الوجوب ، ودليلنا قوله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ : إن لصاحب الحق يدا ومقالا فكان عاما .

ولأن الحقوق التي في الذمم قد تنتقل تارة إلى ذمة بالحوالة ، وتارة إلى عين بالمعاوضة ، فلما ثبت أن نقله إلى العين لا يلزم إلا **بالتراضي** ، فنقله إلى الذمة أولى ألا يلزم إلا **بالتراضي** : لأنه بنقله إلى عين أخرى قد وصل إلى حقه ، وبنقله إلى ذمة أخرى لم يصل إلى حقه ، ولأن ما ثبت في الذمة قد يكون تارة سلما وتارة دينا فلما لم يلزم قبول الحوالة في السلم لم يلزم قبول الحوالة في الدين ، أما الخبر فمحمول على الإباحة لأنه وارد بعد حظر وهو نهيه عن بيع الدين بالدين .

". (٣)

"بدله ، وذلك باطل كالبائع : لا يجوز أن يجتمع له ملك الثمن والمثمن ، والزوجة : لا يجوز أن يجتمع لها المهر والبضع ؛ ولأن ما أخذت قيمته للمغصوب ، امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياسا على ما أمكن رده .

ودليلنا قوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم الجزء السابع (٤) [النساء : ٢٩] فما خرج عن **التراضي** خرج عن الإباحة في التمليك .

---

(١) ٤٠٩

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦/٨٩١

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦/٩١١

(٤) ٢١٧

وروى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي – ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ – قال : على اليد ما أخذت حتى تؤدي .
فجعل الأداء غاية الأخذ ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها ، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه ، ثم ثبت أن الغاصب لو كان قادرا على العبد المغصوب فكتمه وبذل قيمته لم يملكه ، فإذا بذلها مع العجز عنه فأولى أن لا يملكه .
ويتحرر منه قياسان : أحدهما : أن كل ما لم يملك ب ا لقيمة مع القدرة عليه فأولى أن لا يملك بالقيمة مع العجز عنه ؛ قياسا عليه إذا كانت القيمة من غير نقد البلد ، أو كانت من نقد البلد فلم تقبض .
والثاني : أن كل ما لم يملك بالقيمة من غير نقد البلد ، لم يملك بالقيمة من نقد البلد." (١)
" مسألة : قال المزني رحمه الله تعالى : " وإن قارضه على دنانير فحصل في يديه دراهم ، أو على دراهم فحصل في يديه دنانير فعليه بيع ما حصل حتى يصير مثل ما لرب المال في قياس قوله " .

قال الماوردي : وهذا صحيح .
وقد ذكرناه .

وأن رد رأس المال في مثل جنسه وصفته واجب على العامل ، فإذا كان رأس المال الجزء السابع (٢) دراهم فحصل معه دنانير فعليه بيع الدنانير بالدراهم حتى يحصل معه رأس المال إذ لا فرق ورأس المال دراهم بين أن يكون المال عرضا ، أو دنانير ؛ لأنهما معا من غير جنس رأس المال .
فلو حصل في مال القراض من الدراهم بقدر رأس المال ، وكان باقيه من الربح عرضا لم يلزم العامل بيعه ؛ لأن رب المال قد وصل إلى رأس ماله ، وكانا شريكين في الربح من العرض ، ولا يلزم واحدا منهما بيعه إلا بالتراضي عليه ، وكان حكمهما في قسمته على ما يوجبه حال ذلك العرض من قسمته جبرا ، أو صلحا ، أو البيع منهما جبرا ، أو صلحا .

". (٣)

" مسألة : قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : " وإن انقضت سنوه لم يكن لرب الأرض أن يقلع غرسه حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرته إن كانت فيه يوم يقلعه (قال الشافعي) رحمه الله : ولرب الغراس إن شاء أن يقلعه على أن عليه ما نقص الأرض ، والغراس كالبناء إذا كان بإذن مالك الأرض مطلقا " .
(قال المزني) – رحمه الله – : القياس عندي وبالله التوفيق أنه إذا أجل له أجل له أجلا يغرس فيه ، فانقضى الأجل أو أذن له ببناء في عرصة له سنين وانقضى الأجل أن الأرض والعرصة مردودتان : لأنه لم يعره شيئا ، فعليه رد ما ليس له

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥١٨/٧
(٢) ٣٤٨
(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨٤٢/٧

فيه حق على أهله ، ولا يجبر صاحب الأرض على غراس ولا بناء إلا أن يشاء ، والله عز وجل يقول : إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وهذا قد منع ماله إلا أن يشتري ما لا يرضى شراءه ، فأين **التراضي** ؟ .

قال الماوردي : وصورتها فيمن استأجر أرضا ليبني فيها ويغرس فانقضى الأجل ، والبناء والغراس قائم في الأرض ، فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرسا ، فإن فعل كان متعديا وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء ، فأما القائم في الأرض قبل انقضاء الأجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة." (١)

" فصل : وأما المفوضة التي فرض لها مهر ، وذلك قد يكون بأحد وجهين : إما بأن يتراضى الزوجان بفرضه وتقديره ، على ما سنذكره .

وإما بأن يفرضه الحاكم ، فيصير بالفرض بعد التفويض كالمسمى في العقد ، فإن طلقها قبل الدخول المفوضة فلها نصف المفروض دون المتعة .

وقال أبو حنيفة : يبطل المفروض بالطلاق قبل الدخول ، ويثبت حكم التفويض في وجوب المتعة كالتي لم يفرض لها مهر ، بناء على أصله في أن المفوضة وجب لها بالعقد مهر وسقط بالطلاق ، واستدلالا : بأنه نكاح خلا عن ذكر مهر فوجب أن يستحق فيه بالطلاق قبل الدخول المتعة ، قياسا على غير المفروض لها مهر .

ودليلنا قول الله تعالى : وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم [البقرة : ٢٣٧] .

فكان قوله : وقد فرضتم لهن فريضة على عموم الحالين فيما فرض في العقد أو بعد العقد ، وإن كان بالمفروض بعد العقد أشبه ، فجعل الله تعالى له استرجاع نصفه .

وأبو حنيفة يوجب استرجاع جميعه ، فكان قوله مدفوعا بالنص .

وروي عن النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ أنه قال : أدوا العلائق ، قيل : وما العلائق ؟ قال : ما تراضى به الأهلون ، فكان على عموم **التراضي** في حال." (٢)

" فصل : وأما الرابع : فهو الموت ، وفي وجوب مهر المفوضة به قولان مضيا ، ثم إن أوجبناه فهو مهر المثل ، ولا يقدره إلا الحاكم وحده ، فإن قدره مع الباقي من الزوجين أجنبي علم قدره ، فإن فعل ذلك ليؤديه من ماله جاز ، كما لو قضى دينا عن ميت ، أو قضاه عن حي لورثة ميت ، وإن فعل ذلك ليؤخذ من مال الزوج ، ففي جوازه إذا تراضى به الباقي وورثة الميت قولان من اختلاف قوليه في حكم غير الحاكم ، هل يلزم **بالتراضي** أم لا ؟ على قولين ، والله أعلم .

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١١٦٥/٧

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١١٥٩/٩

". (١)

"والمعنى في العتق أنه مستحق للعبد وليس في العتق أنه يستحق العبد ، فإذا أخرج قيمته صارت مصروفة في غير مستحقه، وليس كذلك قيمة الطعام والكسوة لأنه انصرف في مستحق الطعام والكسوة .

قلنا : لا فرق بين أن يدفع إلى المستحق غيره، وبين أن يدفع الحق إلى غير مستحقه في أنه يصرف الحق إلى غير مستحقه، ألا ترى أنه لا يجوز في حقوق الآدميين أن يدفع إلى صاحب الحق قيمته بدل حقه، كما لا يجوز أن يدفعه إلى غيره .

فإن قالوا : أوليس القياس يجوز أن يدفع إلى صاحب الحق قيمة حقه عن تراض، فكذلك يجوز أن يدفع إلى المساكين قيمة ما يستحقونه عن تراض قيل : لأن حقوق الآدميين تتعين فجاز أن يقع **التراضي** على القيمة، والكفارة مستحقة لغير معين فلم يصح **التراضي** على القيمة .

والله أعلم .

نجز كتاب الظهار .

/٥٠." (٢)

" فصل : فلو حكما رجلا رضياه ليلاعن بينهما كان التحكيم في سائر الحقوق ما عدا الحدود واللعان جائزا ، فقد اتفق عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – وأبي بن كعب – رضي الله عنه – على تحكيم زيد بن ثابت في منازعة بينهما فحكم عليهما .

وروي أن وفدا قدم على رسول الله – ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ – وفيهم رجل يكنى أبا الحكم ، فقال : لم كنيت أبا الحكم ، فقال : لأن قومي يحكموني بينهم فأحكم ، فلم يرد عليه ، ولا نهاه عنه من بعد .

الجزء الحادي عشر (٣) وإذا صح التحكيم فالخصمان قبل الحكم مخيران في المقام على التحكيم أو الرجوع عنه ، فإذا حكم ففي لزوم حكمه قولان : أحدهما : أن حكمه نافذ عليهما ولازم لهما ، وغير موقوف على رضاهما .

والقول الثاني : أنه غير لازم لهما إلا بعد الرضا بالتزامه ، والأول أشبه ؛ لأنه لو لم يلزم لكان وسيطا ولم يكن حكما .

فأما التحكيم في اللعان ففي جوازه قولان ، بناء على اختلاف قوليه في لزوم حكمه في غير اللعان : أحدهما : يجوز إذا قيل : إن حكمه في غير اللعان لازم .

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١١٧٣/٩

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٢٥٧/١٠

(٣) ١٣٤

والثاني : لا يجوز إذا قيل : إن حكمه لا يلزم إلا بالرضا ؛ لأن حكم اللعان لا يقع ولا يقف على **التراضي** ، ولا يصح فيه العفو والإبراء." (١)

" مسألة : قال الشافعي رحمه الله : ولو قال المقتص : أخرج يمينك فأخرج يساره فقطعها ، وقال عمدت وأنا عالم فلا عقل ولا قصاص فإذا برئ اقتص من يمينه وإن قال لم أسمع أو رأيت أن القصاص بها يسقط عن يميني لزم المقتص دية اليد .

قال الماوردي : وصورتها في رجل وجب القصاص عليه في يمناه فأخرج يسراه فقطعها المقتص ، فلا يجوز أن تكون اليسرى قصاصا باليمنى لاستحقاق المماثلة فيه ، كما لا تكون اليد قصاصا بالرجل وإن وقع به **التراضي** ، وإذا كان كذلك بدئ بسؤال فخرج يده قبل سؤال المقتص القاطع : هل أخرج يده باذلا لقطعها أو غير باذل ؟ فإن قال : أخرجتها غير باذل لقطعها وإنما أردت بإخراجها التصرف بها سأل حينئذ المقتص القاطع : هل علم أنها اليسرى أو لم يعلم ؟ فإن قال : لم أعلم أنها اليسرى وظننتها اليمنى فقطعتها قصاصا فلا قصاص على هذا المقتص في اليسرى وإن لم يكن قصاصا في اليمنى ، لأنها شبهة تدرأ بها الحدود ، وعليه ديتها ، لأنه قطعها خطأ بغير حق ، وهل يسقط بذلك حقه من قطع اليمنى أم لا ؟ على وجهين : أحدهما : قد سقط حقه من الاقتصاص منها لاعتقاده استيفاء قصاصه ، فعلى هذا يرجع المقتص على مخرج يده." (٢)

" فصل : وأما الفصل الثالث : في بيان الضيافة ، فيعتبر فيها ثلاثة شروط : أحدها : عدد الأضياف .

والثاني : أيام الضيافة .

والثالث : قدر الضيافة .

فأما الشرط الأول : في عدد الأضياف ، فهو أن يشترط على الموسر ما استقر عليه من خمسة إلى عشرة ، وعلى المتوسط من ثلاثة إلى خمسة بحسب ما يقع عليه **التراضي** ، ليضيف كل واحد منهم القدر المشروط عليه في يساره وتوسطه ، فإن سوى بين الموسر والمتوسط في عدد الأضياف جاز مع المراضاة ، كما يجوز أن يسوي بينهم في دينار الجزية ، فإن شرط على جميع الناحية عددا من الأضياف كأنه شرط على الناحية ضيافة ألف رجل جاز ، واجتمعوا على تقسيط الألف بينهم على ما ينفقون عليه من تفاضل أو تساو ، فإن اختلفوا ، وتنازعوا إلينا قسطت بينهم على التساوي دون التفاضل ، فإن كانت لهم جزية رءوس : تفاضلوا فيها ، ففي اعتبار الضيافة بها وجهان : أحدهما : يتفاضلون في الضي ا فة بحسب تفاضلهم في جزية الرءوس إذا جعلت الضيافة تبعا .

والثاني : يتساوون في الضيافة ، وإن تفاضلوا في الجزية إذا جعلت الضيافة أصلا .

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٣٠٤/١١

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٤٢٢/١٢

وأما الشرط الثاني : في أيام الضيافة : فالعرف والشرع فيها لكل ضيف ثلاثة أيام .

أما العرف فمشهور." (١)

" فصل : فإذا انعقد النضال بين الحزبين على ما وصفناه اشتمل الكلام بعد تمامه بإبطال المسمى فيه على ثلاثة فصول : أحدها : في حكم المال المخرج في كل حزب ، ولهم فيه حالتان : إحداهما : أن لا يسموا قسط كل واحد من جماعتهم ، فيشتركوا في التزامه بالسوية على أعدادهم من غير تفاضل فيه ، لاستوائهم في التزامه ، فإن كان زعيمهم راميا معهم دخل في التزامه كأحدهم ، كما يدخل في الأخذ معهم ، فإن لم يكن راميا لم يلتزم معهم كما لا يأخذ معهم .

والحال الثانية : أن يسموا قسط كل واحد منهم في التزام مال السبق ، فهو على ضربين : أن يتساوى في التسمية ، فيصح ؛ لأنه موافق لحكم الإطلاق .

والضرب الثاني : أن يتفاضلوا فيه ، ففي جوازه وجهان : أحدهما : لا يجوز لتساويهم في العقد ، فوجب أن يتساووا في الالتزام .

والوجه الثاني : يجوز ؛ لأنه عن اتفاق لم يتضمنه فيما بينهم عقد ، فاعتبر فيه **التراضي** ، ف إ ن شرطوا أن يكون المال بينهم مقسطا على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجز ؛ لأنه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم ، فبطل ، ولا يؤثر بطلانه في العقد ؛ لأنه ليس فيما بينهم عقد ، وكانوا متساوين فيه .

". (٢)

" مسألة : قال الشافعي : " ولو فاته الحج حل ماشيا وعليه حج قابل ماشيا " .

قال الماوردي : إذا أحرم بما نذره من الحج ماشيا ، وفاته الحج بفوات الوقوف بعرفة إما بإحصار أو مرض ، أو خطأ في عدد أو ضلال في طريق فلا يخلو حج نذره من أن يكون مطلق الزمان ، أو معينا فإن أطلق زمانه ولم يقيده بسنة بعينها ، جاز له تعجيله في أول عام ، وجاز له تأخيره إلى غيره من الأعوام ؛ لأن حجة الإسلام أوكد وهي على التراخي ، فكان حج النذر أولى أن يكون على **التراضي** .

فإذا أحرم به في عام ، ومشى فيه حتى فاته الحج بأحد ما ذكرنا ، وجب أن يتحلل منه بعمل عمرة من طواف ، وسعي وحلاق ، وفي لزوم المشي فيما يتحلل به بعد الفوات قولان : أحدهما : يمشي فيه لاستحقاقه بالنذر ، وهو الذي نقله المزني هاهنا .

والقول الثاني : يجوز له أن يركب فيه ؛ لأن ما يتحلل به بعد الفوات غير مجزئ عن نذره ، فسقط المشي فيه كما

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦٧٦/١٤

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٥٤/١٥

سقط توابع الوقوف من الرمي والمبيت ثم عليه قضاء الجزء الخامس عشر (١) حجة النذر بالفوات ، كما يلزمه أن يقضي بالفوات حجة الإسلام وفي زمان قضائه وجهان : أحدهما : على التراخي كأصل النذر .

والثاني : على الفور في عامة الآتي ؛." (٢)

"جواز تفرد القاضي بعزله من قلده الإمام وجهان : أحدهما : يجوز كما لو كان هو المستنيب .

والوجه الثاني : لا يجوز لافتياته على الإمام في اختياره له .

تقليد أهل البلد للقاضي : فلو خلا بلد من قاض فقلد أهل البلد على أنفسهم قاضيا منهم كان تقليدهم له باطلا إن كان في العصر إمام لافتياتهم عليه فيما هو أحق به .

ولم يجز أن ينظر بينهم ملزما فإن نظر بطلت أحكامه وصار بها مجروحا ، ويجوز أن ينظر بينهم متوسطا مع **التراضي** .

والأولى أن يعتزل الوساطة بينهم لئلا يتشبه بذوي الولايات الصحيحة لما تقدم من التقليد .

فإن خلا العصر من إمام ، فإن كان يرجى أن يتجدد لإمام نظر بعد زمان قريب كان تقليد القاضي باطلا كما لو كان الإمام موجودا لقرب زمانه .

وإن لم يرج تجديد إمام قريب نظرت أحوالهم فإن أمكنهم أن يتحاكموا إلى قاضي أقرب البلاد إليهم كان تقليدهم للقاضي باطلا .

وإن لم يمكنهم التحاكم إلى غيره نظر فإن لم يمكنهم أن ينصروه على تنفيذ أحكامه كان تقليدهم له باطلا لقصوره عن قوة الولاة وإن أمكنهم نصره وتقوية يده كان تقليده جائزا حتى لا يتغالبوا على الحقوق إذا اجتمع على تقليده جميع أهل الاختيار منهم وإن." (٣)

"النظر بينهما ، ولا يلزمه أن يقلد لهما ناظرا .

فإن أجابهما إليه كان تبرعا منه وحملهما الوسيط على **التراضي** دون الإلزام إلا أن يرد إليه الإلزام ، فيصير حاكما وملزما .

ويجوز للوسيط أن يشهد عنده بما حفظه من إقرارهما فإن شرطا عليه أن لا يحفظ عليهما إقرارا ففي شهادته عليهما وجهان من اختلاف الوجهين في الاسترعاء هل يكون شرطا في صحة الشهادة .

". (٤)

---

(١) ٤٧٥

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٥/١٠٥٣

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/١٢

(٤) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/٣٩٧

"القسمة كالمتساوية الأجزاء .

الجزء السادس عشر (١) والضرب الثاني : أن لا يمكن تساويهما في الجيد والرديء الارض المشتركه ؛ لأن العمارة في أحد النصفين دون الآخر ، أو لأن الشجر والبناء في أحد النصفين دون الآخر ، فقسمة مثل هذا قد تكون على أحد أربعة أضرب : أحدها : أن تقسم قسمة تعديل بالقيمة على زيادة الذرع : مثاله : أن تكون الأرض ثلاثين جريبا بين شريكين نصفين وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديئها ، فيقسم بينهما على فضل الذرع فيجعل أحد السهمين عشرة أجربة ، لفضل جودته ، والسهم الآخر عشرين جريبا ، لنقص رداءته .

ففي دخول الإجبار في هذه القسمة قولان قسمة التعديل : أحدهما : أنه لا إجبار فيها لتعذر التساوي في الذرع وتكون موقوفة على **التراضي** .

والقول الثاني : واختاره أبو حامد الإسفراييني : أنه تدخلها قسمة الإجبار لوجود التساوي في التعديل .

فعلى هذا فيما يستحقه القاسم من أجرته وجهان : أحدهما : أنها على الشريكين نصفين ، لتساويهما في أصل الملك .

والوجه الثاني : أن على صاحب العشرة الأجربة ثلثها ، وعلى صاحب العشرين ثلثيها لتفاضلهما في المأخوذ بالقسمة .

والضرب الثاني : أن تقسم قسمة رد مع." (٢)

"التساوي في الذرع ، مثاله : أن يكون الشجر والبناء في جانب من الأرض ، فيقسم الأرض بينهما نصفين بالسوية ، ويجعل الشجر والبناء قيمة ، فإن كانت قيمته ألف درهم ، وجب على من صار له جانب الشجر والبناء خمسمائة درهم يدفعها إلى صاحبه .

فهذه القسمة ، قسمة مراضاة لا يدخلها الإجبار : لأن دخل الرد بالعوض يجعلها بيعا محضا ، وليس في البيع إجبار .

ولهما في هذه القسمة أربعة أحوال قسمة **التراضي** : أحدها : أن يتراضيا بهذه القسمة ويتفقا على من يأخذ الأعلى ويرد ، ومن يأخذ الأدنى ويسترد ، فقد تمت القسمة بينهما بالمراضاة بعد تلفظهما **بالتراضي** : لأن البيع لا يصح إلا باللفظ ويكون تلفظهما بالرضى جاريا مجرى البدل والقبول ، ولهما خيار المجلس ما لم يفترقا وإن شرطا في حال الرضا خيار ثلاث كان لهما .

وقال مالك : إن كان الرد فيها قليلا صحت ، وإن كان كثيرا بطلت .

---

(١) ٢٥٦

(٢) الحاوى الكبير . الماوردى، ٥٠٧/١٦

الجزء السادس عشر [١] وهي عندنا مع قليل الرد وكثيره جائزة : لأنها معتبرة بالتراضي وجارية مجرى البيع .
والحال الثانية : أن يتنازعا في طلب الأعلى ويتزايدان أو يتنازعا في طلب الأدنى ويتناقصان ، ثم يستقر الأمر بينهما بعد الزيادة والنقصان على من يأخذ." [٢]

"الشركة .

فإن تنازعا في هذا ، ولم يتفقا عليه ، لم يقع فيه إجبار وإن تراضيا به واتفقا عليه ، دخل في الأرض قسمة الإجبار ما كانا مقيمين على هذا الاتفاق ، وقسمت بينهما جبرا بالقرعة .
وإن رجع أحدهما عن الاتفاق زالت قسمة الإجبار وكانت موقوفة على التراضي .
الضرب الرابع : أن يقسم بياض الأرض بينهما بالسوية ويكون ما فيه الشجر والبناء بينهما على الشركة .

ففي حكم هذه الأرض إذا تميز بناؤها وشجرها عن بياضها وجهان : الجزء السادس عشر [٣] أحدهما : أن حكمها حكم أرض واحدة لاتصالها ، فعلى هذا لا تدخلها قسمة الإجبار في بياضها ؛ لأنه لا يدخلها في شجرها ونباتها .
والوجه الثاني : أن حكم شجرها وبنائها متميز عن حكم بياضها ، فصارتا باختلاف الصفتين كالأرضين المفترقين ، فتدخلها قسمة الإجبار في البياض ، كما لو انفرد ولا تدخلها قسمة الإجبار في الشجرة والبناء كما لو انفرد .

". [٤]

" الجزء السادس عشر [٥] قسمة العلو والسفل مسألة : قال الشافعي : ولا يجوز أن يجعل لأحدهما سفلا وللآخر علوا إلا أن يكون سفله وعلوه لواحد " .

قال الماوردي : وهذا صحيح ، إذا كانت دار بين شريكين وطلب أحدهما أن يقسم بينهما ، على أن يجعل السفل لأحدهما والعلو للآخر قسمة العلو والسفل لم يقع في هذه القسمة إجبار : لأنهما شريكان في السفل والعلو ، ومن ملك السفل ملك ما تحته من الأرض وما فوقه من الهواء ، بدليل أن له أن يحفر في الأرض ما شاء ويبني في الهواء ما شاء ، وهذه القسمة تمنع صاحب السفل من حقه في الهواء ، وتمنع صاحب العلو من حقه في الأرض ، فبطل أن يكون في هذا قسمة إجبار .

---

(١) ٢٥٧
(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/٥٠٨
(٣) ٢٥٨
(٤) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٦/٥١٠
(٥) ٢٥٩

فإن تراضى الشريكان بهذه القسمة ، جازت بالتراضي .

وقد نص الشافعي عليه في كتاب الصلح وكانت هذه القسمة بيعا .

فلو دعا أحدهما إلى قسمة السفل على انفراده وقسمة العلو على انفراده قسمة العلو والسفل لم يقع فيه إجبار ، وقسم العلو مع السفل : لأنه تبع له ، وقد يجوز إذا أفرد كل واحد منهما بالقسمة أن يحصل علو السفل الذي لأحدهما لغيره وسفل العلو الذي لأحدهما لغيره ، فلذلك لم يجز إفراد قسمة كل واحد منهما جبرا إلا أن يتراضيا." (١)

"مشتدا يدخله الربا ، فإن قيل إن القسمة بيع ، لم يدخله الإجبار ولا قسمة التراضي خوف الربا ، وإن قيل القسمة إفراز حق وتمييز نصيب صح فيه قسمة الإجبار وقسمة التراضي : لأن الزرع تبع للأرض .

مستوى إذا ادعى أحد المقسمين غلطا في القسمة

". (٢)

" قسم الطعام وغيره فصل : وأما قسم الطعام : فكل مطعوم طعام ، وفي المطعوم ربا ، وهو على ضربين : أحدهما : أن يكون مما يجوز بيع بعضه ببعض ، كالحنطة والشعير فيجوز قسمه إجبارا واختيارا .

فإن قيل : إن القسمة إفراز حق جاز قسمه كيلا أو وزنا ، وجاز أن يفترقا فيه قبل التقابض .

وإن قيل : إن القسمة بيع ، وجب قسمه كيلا ، ولم يجز قسمه وزنا : لأن أصله الكيل ، ووجب إن تقابضا قبل الافتراق .

وتدخل القرعة في قسمه إجبارا ، ولا تدخل في قسمه اختيارا .

وإن كان مما لا يجوز بيع بعضه ببعض ، كرطب ، والعنب ، والفواكه الرطبة ، فإن قيل : إن القسمة إفراز حق ؛ جاز قسمه إجبارا واختيارا بكيل أو وزن .

وفي جواز قسمه بالخرص في نخله وشجره ، قولان : أحدهما : جوازه .

والثاني : بطلانه .

وأصح من إطلاق هذين القولين أن يمنع منه بالخرص في قسمة الإجبار ، لأن المقصود بها التحقيق المعدوم في الخرص ، ويجاز بالخرص في قسمة الاختيار لأنها محمولة على التراضي ، هذا إذا قيل إن القسمة إفراز حق .

فأما إن قيل إن القسمة بيع ، لم تجز قسمة الثمار الرطبة كما لم يجز بيعها ، فلا يدخلها قسم الإجبار ولا قسم الاختيار .

وأما قسم الدراهم." (٣)

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥١٣/١٦

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥١٦/١٦

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٣٤/١٦

" فصل : تحكيم الخصمين شخصا من الرعية دون القاضي وإذا حكم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز .

لأن عمر بن الخطاب وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت .

ولأنه لما حكم علي بن أبي طالب في الإمامة ، كان التحكيم فيما عداها أولى .

وهكذا حكم أهل الشورى فيها عبد الرحمن بن عوف .

نفوذ حكم المحكم معتبر بأربعة شروط .

وإذا جاز التحكيم في الأحكام فنفاذ حكمه معتبر بأربعة شروط : أحدها : أن يكون المحكم من أهل الاجتهاد ، ويجوز أن يكون قاضيا ؛ لأنه قد صار بالتحكيم حاكما ، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد بطل تحكيمه ، ولم ينفذ حكمه .

والشرط الثاني : أن يتفق الخصمان على **التراضي** به إلى حين الحكم ، فإن رضي به أحدهما دون الآخر أو رضيا به ثم رجعا أو رضي أحدهما بطل تحكيمه ولم ينفذ حكمه ، سواء حكم للراضي أو للراجع .

والشرط الثالث : أن يكون ا لتحاكم في أحكام مخصوصة .

والأحكام تنقسم في التحكيم ثلاثة أقسام : قسم يجوز فيه التحكيم : وهو حقوق الأموال ، وعقود المعاوضات ، وما يصح فيه العفو والإبراء .

وقسم لا يجوز فيه التحكيم ، وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى." (١)

"ونظر فإن فسخ قبل رضا الآخر بالنصف يغرم سهمه على **التراضي** وأخذ جميع الدار بجميع ثمن بينته ، وإن فسخ بعد رضا الراضي لم يعد سهم الفاسخ على الراضي ، لاستقرار الحكم في ابتياعه النصف .

". (٢)

"**التراضي** لأن حصة الفاسخ تعود إلى مبايعه ، ولا تعود إلى مبايع الراضي فصار فيه بخلاف البائع الواحد ، الذي لا يعود خصمه الفاسخ ، إلى مبايع الراضي ، فيتوفر من حصته على الراضي .

". (٣)

" مسألة : قال الشافعي ، رضي الله عنه : " ولو كانت له على مولاه دنانير ولمولاه عليه دنانير فجعلا ذلك قصاصا أي المكاتب جاز " .

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦٤٨/١٦

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧٢٢/١٧

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧٣٥/١٧

قال الماوردي : قد تقدم ذكر هذه المسألة وقلنا : إنه كان للمكاتب على سيده مال ، وحل عليه من نجومه مال ، هل يكون كل واحد من المالين في الذمة قصاصا بالآخر كالدراهم بالدراهم ، والدنانير بالدنانير أم لا ؟ على أربعة أقاويل مضت : أحدها : يكون قصاصا إذا تراضيا بالقصاص ، ولا يكون قصاصا إن لم يجتمعا على **التراضي** به ، لأن الدين لا يستحق من مال معين إلا برضا من هو عليه .

والقول الثاني : يكون قصاصا إذا رضي به أحدهما وإن لم يجتمعا عليه ، ولا يكون قصاصا إن لم يرض به واحد منهما ، كالحوالة .

والقول الثالث : أنه يكون قصاصا وإن لم يتراضيا كالوارث إذا كان عليه للميت دين صار قصاصا من حقه وإن لم يرض به .

والرابع : لا يكون قصاصا بحال ، وإن تراضيا إلا أن ي كون بيع دين بدين .

". (١)

"والسواد أرض خراج وهو : ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ومن العلث إلى عبادان

وأرض السواد مملوكه لأهلها : يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها

وكل أرض أسلم أهلها عليها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر

وكل أرض فتحت عنوة وأقر عليها فهي أرض خراج

الكتاب [جزء ١ - صفحة ٣١٤]

إحياء الموات

ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها : فإن كانت من حيز أرض الخارج فهي خراجية وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم

وقال محمد : إن أحياها ببئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجله أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية

والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دارهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دارهم

وما سوى ذلك من الأصناف يوضع عليها بحسب الطاقة فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام

وإن غلب الماء على أرض الخراج أو انقطع عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليهم وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٥٤٧/١٨

ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله

ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج ولا عشر في الخارج من أرض الخراج

والجزية على ضربين :

جزية توضع **بالتراضي** والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم وعلى المتوسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما." (١)

"كونه على الفور فقياسا على خيار العيب والمعنى في ذلك احتمال غبنهم سواء أخبر المشترى كاذبا أم لم يخبر فإن اشتراه منهم بطلبهم أو بغير طلبهم لكن بعد قدومهم أو قبله وبعد معرفتهم بالسعر أو قبلها واشتراه به أو بأكثر فلا تحريم لانتفاء التغرير ولا خيار لانتفاء المعنى السابق ولو لم يعرفوا الغبن حتى رخص السعر، وعاد إلى ما باعوا به فهل يستمر الخيار وجهان منشؤهما اعتبار الابتداء أو الانتهاء.

وكلام الشاشي يقتضي عدم استمراره والاوجه استمراره وهو ظاهر الخبر، ومال إليه الاسنوي في شرح المنهاج والركبان جمع راكب والتعبير به جرى على الغالب والمراد القادم ولو واحدا أو ماشيا (وسوم على سوام) أي سوم غيره لخبر الصحيحين، لا يسوم الرجل على سوم أخيه وهو خبر بمعنى النهي والمعنى فيه الايذاء.

وذكر الرجل والاخ ليس للتقييد بل الاول لانه الغالب والثاني للرقة والعطف عليه وسرعة امتثاله فغيرهم ا مثلهما وإنما يحرم ذلك (بعد تقرر ثمن) **بالتراضي** به صريحا بأن يقول لمن أخذ شيئا ليشتريه بكذا رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو بأقل منه أو مثله بأقل، أو يقول لمالكه استرده لاشتريه منك بأكثر وخرج بالتقرر ما يطاف به على من يزيد فيه فلا يحرم ذلك (وبيع على بيع) أي بيع غيره زمن خيار بغير إذن له كأن يأمر المشتري بالفسخ ليبيعه مثل المبيع بأقل من ثمنه أو خيرا منه تمثل ثمنه أو أقل، (وشراء على شراء) أي شراء غيره (زمن خيار) أي خيار مجلس أو شرط أو عيب فهو أعم من قوله قبل لزمه (بغير إذن) له من ذلك الغير كأن يأمر البائع بالفسخ ليشتريه بأكثر من ثمنه لخبر الصحيحين: لا يبع بعضكم على بيع بعض.

زاد النسائي حتى يبتاع أو يذر وفي معناه الشراء على الشراء، والمعنى في ذلك الايذاء فقولي زمن خيار إلى آخره قيد في المسألتين وخرج بزمن الخيار وهو من زيادتي في الثانية ما لو وقع ذلك في

غير ه ، وبزيادتي بغير إذن ما لو أذن البائع في البيع على بيعه أو المشتري في الشراء على شرائه فلا تحريم (ونجش) للنهي عنه رواه الشيخان، (بأن يزيد في ثمن) للسلعة المعروضة للبيع لا للرغبة في شرائها بل (ليغر) غيره فيشتريها ولو كان التغرير بالزيادة ليساوي الثمن القيمة، والمعنى في تحريمه الايذاء (ولا خيار) للمشتري لتفريطه (وبيع نحو رطب) كعنب (لمتخذه مسكرا) بأن يعلم منه ذلك أو يظنه فإن شك فيه أو توهمه منه فالبيع له مكروه، وإنما حرم أو كره لانه

---

(١) المختصر للقدوري، ص/١٤٠

سبب لمعصية محققة أو مظنونة أو لمعصية مشكوك فيها أو متوهمة، وتعبيري بما ذكر أعم وأولى من قوله وبيع الرطب والعنب لعاصر الخمر.." (١)

"عبد في الذمة (أو) علقه بإعطاء عبد (بلا صفة طلقت بعبد) بأي صفة كان (إن صح بيعها له وله مهر مثل) بدل المعطي، لتعذر ملكه له لانه مجهول عند التعليق والمجهول لا يصلح عوضا، فإن لم يصح بيعها له كمغصوب ومكاتب ومشترك ومرهون لم تطلق بإعطائه، لان الاعطاء يقتضي التمليك كما مر.

ولا يمكن تمليك ما لا يصح بيعه.

وتعبيري بذلك أعم من قوله إلا مغصوبا ولو علق بإعطاء هذا العبد المغصوب أو الحر أو نحوه، فأعطته بانت بمهر المثل كما لو علق بخمر (ولو طلبت بألف ثلاثة.

وهو إنما يملك دونها) من طلقة أو طلقتين (فطلق ما يملكه فله ألف)، وإن جهلت الحال لانه حصل بما أتى به مقصود الثلاث وهو الحرمة الكبرى، وشمول الحكم لملك طلقتين من زيادتي.

(أو) طلبت به (طلقة فطلق) طلقة فأكثر (به) أي بألف (أو مطلقا وقع به) كالجعالة وهذا من زيادتي (أو) طلق (بمائة وقع بها) لرضاه بها مع أنه يستقل بإيقاعه مجانا، فببعض العوض أولى والفرق بينها، وبين ما لو قال أنت طالق بألف فقبلت بمائة ظاهر (أو) طلبت به (طلاقا غدا.

فطلق غدا أو قبله بانت) لانه حصل مقصودها، وزاد بتعجيله في الثانية.

(بمهر مثل) لان هذا الخلع دخله شرط تأخير الطلاق منها وهو فاسد لا يعتد به فيسقط من العوض ما يقابله وهو مجهول فيكون الباقي مجهولا.

والمجهول يتعين الرجوع فيه إلى مهر المثل ولو قصد ابتداء الطلاق وقع رجعيا فإن اتهمته حلف كما قال ابن الرفعة ولو طلقها بعد الغد وقع رجعيا، لانه خالف قولها فكان مبتدئا، فإن ذكر مالا فلابد من القبول (ولو قال إن دخلت) الدار (فأنت طالق بألف فقبلت ودخلت طلقت) لوجود الصفة مع القبول (به) أي بالالف كما في الطلاق المنجز، ولا يتوقف وجوبه على الطلاق، بل يجب تسليمه في الحال، لان الاعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال، والمعوض تأخر **بالتراضي** لوقوعه في التعليق، بخلاف المنجز يجب فيه تقارن ا لعوضين في الملك، (واختلاع أجنبي) من ولي لها." (٢)

"أو الايجار له ثم باع أو أجر منه ما يفي به لما في بيعه أو إيجاره شيئا فشيئا من المشقة.

وعلى هذا يحمل كلام من أطلق أنه يباع بعد استدانة فإن لم يمكن بيع بعضه ولا إيجاره، وتعذرت الاستدانة باع جميعه أو آجره (فإن فقد) ماله (أمره) القاضي (بإيجاره أو بإزالة ملكه) عنه بنحو بيع أو إعتاق فإن لم يفعل باعه القاضي أو أجره عليه فإن تعذر فكفايته في بيت المال ثم على المسلمين فإن اقتصر على أمره بأحدهما قدم الايجار وذكر الامر

---

(١) فتح الوهاب، ٢٨٦/١

(٢) فتح الوهاب، ١٢١/٢

بإيجاره من زيادتي

وتعبيري بإزالة ملكه أعم من قوله ببيعه أو إعتاقه.

وأما أم الولد فيخليها تكتسب وتمون نفسها فإن تعذرت مؤنتها بالكسب فهي في بيت المال، (وله إجبار أمته على إرضاع ولدها) منه أو من غيره لان لبنها ومنافعها له بخلاف الحرة (وكذا غيره) أي غير ولدها (إن فضل) عنه لبنها لذلك نعم إن لم يكن ولدها منه ولا مملوكه فله أن يرضعها من شاء وإن لم يفضل عن هذا ا لولد لبنها، لان إرضاعه على والده أو مالكه (و) له إجبارها (على فطمه قبل) مضي (حولين و) على (إرضاعه بعدهما إن لم يضر) أي الفطم أو الارضاع لانه في الاولى قد يريد التمتع بها وهي ملكه ولا ضرر في ذلك، وفي الثانية لبنها ومنافعها له ولا ضرر فإن حصل ضرر للولد أو للامة أولهما فلا إجبار وليس لها استقلال بفطم ولا ارضاع إذ لا حق لها في التربية.

وقولي إن لم يضر أعم من قوله في الاولى إن لم يضره وفي الثانية إن لم يضرها (ولحرة حق في تربيته فليس لاحدهما فطمه قبل) مضي (حولين و) لا (إرضاعه بعدهما إلا بتراض بلا ضرر) لان لكل منهما حقا في التربية، فلهما النقص عن الحولين والزيادة عليهما إذا لم يتضرر بهما الولد والام أو أحدهما وقولي بلا ضرر من زيادتي فيما إذا تراضيا على الارضاع، وأعم من تقييده له بالوالد فيما إذا تراضيا على الفطم وعلم مما ذكر أن لكل منهما فطمه بعدهما بغير رضا الآخر حيث لا تضرر بذلك لانهما مدة الرضاع التام (ولا يكلف مملوكه) من آدمي أو غيره من العمل (ما لا يطيقه) للخبر السابق، فليس له أن يكلفه عملا على الدوام يقدر عليه يوما أو يومين أو ثلاثة، ثم يعجز.

وله أن يكلفه الاعمال الشاقة بعض الاوقات وبه صرح الرافعي.

وتعبيري بمملوكه أعم من تعبيره برقيقه (ولمخارجة رقيقه) على ما يحتمله كسبه المباح الفاضل عن مؤنته إن جعلت من كسبه لخبر الصحيحين أنه (صلى الله عليه وسلم) أعطى أبا طيبة لما حجمه صاعين أو صاعا من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه (بتراض) فليس لاحدهما إجبار الآخر عليها لانها عقد معاوضة فاعتبر فيها **التراضي** كالكتابة، (وهي صرب." (١)

"وأما فعله – صلى الله عليه وسلم – : فمن ذلك ما روته عائشة رضي الله عنها : أن النبي – صلى الله عليه وسلم – اشترى طعاما من يهودي إلى أجل ، ورهنه درعا من حديد . (أخرجه البخاري في البيوع ، باب : شراء النبي – صلى الله عليه وسلم – بالنسيئة ، رقم : ١٩٦٢. ومسلم في المساقاة، باب : الرهن وجوازه في الحضر والسفر، رقم:(١٦٠٣) .

[والنسيئة : هي التأخير، أي تأخير الثمن إلى أجل] .

وقد كان أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يتبايعون على مشهد منه ومسمع ، أو يعلم بذلك ، فيقرهم ولا ينكر عليهم ، والأمثلة على ذلك أكثر من أن تحصى. (انظر البخاري : كتاب البيوع ، باب : ما قيل في الصواغ ، وباب : بيع السلاح في الفتنة وغيرها) .

---

(١) فتح الوهاب، ٢١٧/٢

وسيأتي معنا خلال البحث أحاديث كثيرة ، نستدل بها في مواضعها ، كلها تدل على جواز البيع ومشروعيته في الإسلام .

وهذا الذي ثبت في الكتاب والسنة أجمعت عليه الأم ة في مختلف العصور والأزمان .

حكمة التشريع :

... إن الناس في حاجة إلى كثير من السلع ، ولا يستطيع كل منهم أن ينتج جميع ما يحتاج إليه منها ، فكان لا بد من أن يبادل بعضهم بعضا بهذه السلع ، وهذا التبادل لا يحصل إذا لم يكن هناك تراض عليه ، وهذا **التراضي** هو عقد البيع. وكذلك ربما ملك بعضهم النقد ولم يملك سلعا، وعكس ذلك يقع ، فيحتاج ذو النقد إلى السلع، وذو السلع إلى النقد، وكل ذلك لا يحصل غالبا إلا بالبيع . وأيضا من شأن الإنسان أن يسعى إلى الربح ، والبيع والشراء هو الطريق السليم لتحصيل ذلك، والله تعالى أعلم .

أركان عقد البيع :

... علمنا أن البيع عقد ، وكل عقد لا بد فيه من أركان حتى يوجد ، ولا بد لهذه الأركان من شروط حتى يصح العقد ، وبالتالي تترتب عليه آثاره ، وهي ما قرره شرع الله تعالى له من أحكام ، ولنتكلم عن ذلك كله بعون الله تعالى فنقول :

أركان عقد البيع ثلاثة :

ال ر كن الأول : العاقدان." (١)

"ولابد من الصيغة ، أي الإيجاب من المقرض والقبول من المقترض ، لأنها عنوان **التراضي** ، وهو المبدأ الذي تقوم عليه العقود ولا تكفي المعاطاة ، كأن يقول : أقرضني ، فيعطيه المطلوب ويأخذه .

العاقد ، وهو المقرض والمقترض ، ويشترط فيهما :

أ – الرشد ، وهو الاتصاف بالبلوغ والصلاح في الدين والمال ، لأن القرض عقد معاوضة مالية ، والرشد في العاقد شرط في صحة عقود المعاوضة ، فلا يصح الإقراض ولا الاستقراض من صبي ولا مجنون ولا محجور عليه لسفه ، لأن كلا منهم غير جائز التصرف في المال .

ب – الاختيار : فلا يصح من مكره لأن الإكراه يفقد الرضا .

ج – أهلية التبرع في المقرض فيما يقرضه : لأن القرض فيه شائبة تبرع ، فيجب أن يكون المقرض أهلا له ، فلا يصح من الولي أن يقرض من مال من تحت ولايته لغير حاجة أو ضرورة .

٣- المعقود عليه وهو المال المقرض محل القرض :

لا تشترط في المال المقرض أن يكون م ثلي ا ، بل يجوز قرض كل مال يملك بالبيع ، ويضبط بالوصف على وجه لا يبقى معه إلا تفاوت يسير ، ويصح أن يسلم فيه .

وعلى هذا : يصح القرض في الدراهم والدنانير ، والقمح والشعير ، والبيض واللحم وغير ذلك من المثليات . ويصح

---

(١) الفقه المنهجي، ٤/٦

القرض في الحيوانات والعقارات وغيرها من القيميات التي تنضبط بالوصف . ولا تثبت في الذمة ، ففي صحة القرض فيها قولان : والأصح أنه لا يجوز ، لأن ما لا ينضبط بالوصف يتعذر أو يعسر رد بدله .

والدليل على ما ذكر :." (١)

"القسمة بالرد : وهي أن تتعلق بمتمول يمتاز ببعض أجزائه بشيء غير قابل للقسمة ، ولا يوجد نظيره في الطرف الآخر ، أو الأجزاء الأخرى ،كأن يكون في أحد جانبي الأرض بئر أو شجر ، وليس في الجان الآخر ما يعادله ، إلا بواسطة ضميمة خارجية إليه .

ويمتاز هذا النوع بضرورة إدخال الجبر على التقسيم فيه ن كي تتحقق العدالة في القسمة ز

فإذا تأملت في هذه الأنواع الثلاثة للقسمة أدركت أن بينها قدرا مشتركا من الشبه ، وهو أنها جميعا تتعلق بأموال قابلة للقسمة من حيث المبدأ ، أي لا ضرر في قسمتها ، وإن اختلفت هذه الأنواع عن بعضها في طريق القسمة : أي يقع ضرر بالمالك بسبب قسمته :كالجوهرة ، والثوب ، والرحى ، والبئر ، والسيارة ، ونحو ذلك .

فلا يدخل في القسمة المشروعة ، ولا يجبر الطرف الممتنع عن القسمة على القسمة ، لأن فيه إضاعة للمال ، وإضرارا بالمالك ، بل يحرم التقسيم وإن رضي الطرفان ، إذ ا كان فيه نقص بين للمنفعة ، أو إهدار لها ، لأنه من التبذير الذي نص الله عز وجل على وجوب اجتنابه .

أحكام القسمة :

للقسمة أحكام نذكرها فيما يلي :

أولا : شأن القسمة أن يتولاها الشركاء ، أو من يرتضونه ، أو من يحكمونه عند الاختلاف ، أو من ينصبه الحاكم .

فأما في الحالتين الأوليين ، فلا يشترط أكثر من **التراضي** وموافقة الأطراف ، .

وأما في الحالتين الأخيرتين ، فيشترط في القاسم أن يكون :

ذكرا ، مسلما ، بالغا ، عاقلا ، حرا ، عدلا ، عالما ، بالحساب والمساحة ، وذلك لأن القاسم له ولاية على من يقسم لهم ، لأن قسمته ملزمة ، ومن لم تتوفر فيه هذه الشروط ، فليس من أهل الولاية .." (٢)

"وإن كانت القسمة من النوع الثاني (وهو قسمة التعديل)كأرض تختلف قيمة أجزائها حسب تفاوت منافعها، أو اختلاف خصائصها :كبستان بعضه نخل ، وبعضه عنب ، أو بعضه أقوي في الإثبات والخصوبة من بعض وجب التعديل في أجزائها ، بحيث تتساوي قيمة الأقسام إذا كانت متساوية :كأرباع وأثلاث ، أو بحيث يكون لكل جزء من القيمة ما يتفق مع نسبته إلي الكل .

فالذي يملك السدس يجتزأ له من الأرض ما يساوي سدس مجموع القيمة ، والذي يملك الربع يجتزأ منها ما يساوي ربع مجموع القيمة ، بقطع النظر عن مساحة أجزاء الأرض ، ثم تعين الحصص لأربابها ، إذا كانت متساوية عن طريق

---

(١) الفقه المنهجي، ٨٦/٦

(٢) الفقه المنهجي، ١٩٩/٨

الاقتراع .
وإن كانت القسمة من النوع الثالث (وهو قسمة الرد) وهو ما كان في أحد أجزائه شيء له قيمة ماليه خاصة به ولا يمكن قسمته : كأرض في بعض جوانبها بئر أو دار وجب جعل البئر ، أو الدار ضمن أحد الأنصبة ، ورد نسبة حصص الآخرين من قيمتها عل يهم ، فإن كانت الأرض بين اثنين مثلا أخذ البئر أحدهما وأعاد نصف قيمتها إلي شريكه ، وإنما يأخذ البئر ، أو نحوها من خرجت له القرعة .
رابعا : لا بد من التراضي بعد تحقيق ما سلف ذكره من الأسباب ، وبعد الاعتماد على وسيلة الاقتراع فإن لم يقع التراضي لم تصح القسمة .
خامسا : قسمة الأجزاء (وهو النوع الأول) من قبيل الإفراز ، أما النوعان الآخران (وهما قسمة التعديل ،وقسمة الرد) فبيع على الصحيح ، لنقابل المال بالمال فيه وقيل : هو بيع في القدر الذي يتم فيه التعديل والرد .
وعلى كل فهو بيع ضمني وليس بيعا صريحا ، فهو لا يتوقف في صحته على إيجاب وقبول نحوهما .
سادسا : كل قسمة تتضمن تقويما .كقسمة الرد . لابد لصحتها من الاعتماد على قاسمين اثنين . إذ هي تتضمن شهادة تعيين قيمة لشيء متمول ومثل هذه الشهادة لا بد فيها من شاهدين اثنين . أما ما لا يعتمد منها على تقوم، فيكتفي فيه بقاسم واحد ، سواء كان من قبل الحاكم أو من قبل الشريكين .." (١)
"[* (كتاب البيوع) * أخبرنا الربيع.
قال أخبرنا الشافعي رحمه الله: قال: قال الله تبارك وتعالى " لا تأكلوا أموالكم؟ ينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " وقال الله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا " (قال الشافعي) وذكر الله البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته فاحتمل إحلال الله عزوجل البيع معنيين أحدهما أن يكون أحل كل بيع تبايعه المتبايعان جائزى الامر فيما تبايعاه عن تراض منهما وهذا أظهر معانيه (قال) والثاني أن يكون الله عزوجل أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم المبين عن الله عزوجل معنى ما أراد فيكون هذا من الجمل التي أحكم الله فرضها بكتابه وبين كيف هي على لسان نبيه، أو من العام الذي أراد به الخاص فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أريد بإحلاله منه وما حرم، أو يكون داخلا فيهما، أو من العام الذي أباحه إلا ما حرم عل ى لسان نبيه صلى الله عليه وسلم منه وما في معناه كما كان الوضوء فرضا على كل متوضئ لا خفى عليه لبسهما على كمال الطهارة، وأي هذه المعاني كان فقد ألزمه الله تعالى خلقه بما فرض من طاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيوع تراضى بها المتبايعان استدللنا على أن الله عزوجل أراد بما أحل من البيوع ما لم يدل على تحريمه على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم دون ما حرم على لسان (قال الشافعي) فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الامر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم بإذنه داخل في المعنى المنهى عنه، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى (قال الشافعي) وجماع ما يجوز من

---

(١) الفقه المنهجي، ٢٠١/٨

كل بيع آجل وعاجل وما لزمه اسم بيع بوجه أنه لا يلزم البائع والمشترى حتى يجمعا أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به ولا يعقداه بأمر منهى عنه ولا على أمر منهى عنه وأن يتفرقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على **التراضي** بالبيع.

فإذا اجتمع هذا لزم كل واحد منهما البيع ولم يكن له رده إلا بخيار أو عيب يجده أو شرط يشرطه أو خيار رؤية وقال لا يجوز خيار الرؤية (قال الشافعي) أصل البيع بيعان لا ثالث لهما بيع صفة مضمونة على بائعها، فإذا جاء بها خيار للمشترى فيما إذا كانت على صفته، وبيع عين مضمونة على بائعها بعينها يسلمها البائع للمشترى فإذا تلفت لم يضمن سوى العين التي باع ولا يجوز بيع غير هذين الوجهين، وهذا مفترقان في كتاب البيوع.

[".(١)

"[ونصف عبد ونصف سيف اشتريته منك بثمن معلوم؟ قال جائز قلت وليس على دفع الثمن حتى تدفع إلى ما اشتريت فأقبضه؟ قال نعم قلت فإنى لما اشتريت أردت نقض البيع فقلت باعنى نصف دار مشاعا لا أدرى أشرقي الدار يقع أم غربيها ونصف عبد لا ينفصل أبدا ولا ينقسم وأنت لا تجيزني على قسمه لان فيه ضررا فأنا أفسخ البيع بينى وبينك قال ليس ذلك لك وقبض نصف الدار ونصف الارض ونصف العبد ونصف السيف أن يسلمه ولا يكون دونه حائل قلت أنت لا تجيز البيع إلا معلوما وهذا غير معلوم قال هو وإن لم يكن معلوما بعينه منفصلا فالكل معلوم ونصيبك من الكل محسوب قلت وإن كان محسوبا فإنى لا أدري أين يقع قال أنت شريك في الكل قلت فهو غير مقبوض لانه ليس بمنفصل وأنت تقول فيما ليس بمنفصل لا يكون مقبوضا فيبطل به الرهن وتقول القبض أن يكون منفصلا قال قد يكون منفصلا وغير منفصل قلت وكيف يكون مقبوضا وهو غير منفصل؟ قال لان الكل معلوم وإذا كان الكل معلوما فالبعض بالحساب معلوم قلت فقد تركت قولك الاول وتركت قولك الثاني فلم إذا كان هذا كما وصفت يجوز البيع فيه والبيع لا يجوز إلا معلوما فجعلته معلوما ويتم بالقبض لان البيع عندك لا يتم حتى يقضى على صاحبه بدفع الثمن إلا مقبوضا فكان هذا عندك قبضا زعمت أنه في الرهن غير قبض فلا يعدو أن تكون أخطأت بقولك لا يكون في الرهن قبضا أو بقولك يكون في البيع قبضا (قال الشافعي) فالقبض اسم جامع وهو يقع بمعان مختفة كيف ما كان الشئ معلوما أو كان الكل معلوما والشئ من الكل جزء معلوم من أجزاء وسلم حتى لا يكون دونه حائل فهو قبض فقبض الذهب والفضة والثياب في مجلس الرجل والارض أن يؤتى في مكانها فتسلم لا تحويها يد ولا يحيط بها جدار والقبض في كثير من الدور والارضين إسلافها بأعلاقها والعبيد تسليمهم بحضرة القابض والمشاع

من كل أرض وغيرها أن لا يكون دونه حائل فهذا كله قبض مختلف يجمعه اسم القبض وإن تفرق الفعل فيه غير أنه يجمعه أن يكون مجموع العين والكل جزء من الكل معروف ولا حائل دونه فإذا كان هكذا فهو مقبوض والذى يكون في البيع قبضا يكون في الرهن قبضا لا يختلف ذلك (قال الشافعي) ولم أسمع أحدا عندنا مخالفا فيما قلت من أنه يجوز فيه الرهن والذى يخالف لا يحتج فيه بمتقدم من أثر فيلزم اتباعه وليس بقياس ولا معقول فيغيبون في الاتباع الذى

---

(١) الأم – دار الفكر، ٣/٣

يلزمهم أن يفرقوا بين الشيئين إذا فرقت بينهما الآثار حتى يفارقوا الآثار في بعض ذلك لان يجزئوا الاشياء زعموا على مثال ثم تأتى أشياء ليس فيها أثر فيفرقون بينها وهى مجتمعة بآرائهم ونحن وهم نقول في الآثار تتبع كما جاءت وفيما قلت وقلنا بالرأى لا نقبل إلا قياسا صحيحا على أثر (قال الشافعي) وإن تبايع الراهن والمرتهن على شرط الرهن وهو أن يوضع على يدى المرتهن فجائز وإن وضعاه على يدي عدل فجائز وليس لواحد من ه ما إخراجه من حيث يضعانه إلا باجتماعهما على الرضا بأن يخرجاه (قال الشافعي) فإن خيف الموضوع على يديه فدعا أحدهما إلى إخراجه من يديه فينبغي للحاكم إن كانت تغيرت حاله عما كان عليه من الامانة حتى يصير غير أمين أن يخرجه ثم يأمرهما أن يتراضيا فإن فعلا وإلا رضى لهما كما يحكم عليهما فيما لم يتراضيا فيه بما لزمهما قال وإن مات الموضوع على يديه الرهن فكذلك يتراضيان أو يرضى لهما القاضى إن أبيا **التراضي** (قال الشافعي) وإن مات المرتهن والرهن على يديه ولم يرض الراهن وصية ولا وارثه قيل لوارثه – إن كان بالغا أو لوصيه إن لم يكن بالغا –: تراض أنت وصاحب الرهن فإن فعلا وإلا صيره الحاكم إلى عدل وذلك أن الراهن لم يرض بأمانة الوارث ولا الوصي ولما كان للوارث حق في احتباس الرهن حتى يستوفى حقه كان له ما وصفنا من الرضا فيه إذا كان له أمر في ماله (قال الشافعي) وإن مات الراهن]." (١)

"[وجد أبيه كان القول فيها على قياس من قال الاخوة أولى بولاء الموالى من الجد أن يكون المال للعم لانه يلقى الميت عند جد يجمعهما قبل الذى ينازعه وكذلك ولد العم وإن تسفلوا لانهم يلقونه عند أب لهم ولد قبل جد أبيه ومن قال الاخ والجد سواء فجد الاب والعم سواء لان العم يلقاه عند جده وجد أبيه أبو جده (قال الشافعي) فإن كان المنازع لجد الاب ابن العم فجد الاب أولى كما يكون الجد أولى من ابن الاخ للقرب من المولى المعتق (قال الشافعي) وإذا مات المولى المعتق ثم مات المولى المعتق ولا وارث للمولى المعتق وترك أخاه لامه وابن عم قريب أو بعيد فالمال لابن العم القريب أو البعيد لان الاخ من الام لا يكون عصبة، فإن كان الاخ من الام من عصبته وكان في عصبته من هو أقعد منه من أخيه لامه الذى هو من عصبته كان للذى هو أقعد إلى المولى المعتق فإن استوى أخوه لامه الذى هو من عصبته وعصبته فالميراث كله للاخ من الام لانه ساوى عصبته في النسب وانفرد منهم بولادة الام وكذلك القول في عصبته بعدوا أو قربوا، لا اختلاف في ذلك، والله تعالى الموفق.

الخلاف في الولاء (قال الشافعي) رحمه الله تعالى: وقال لى بعض الناس الكتاب والسنة والقياس والمعقول والاثر على أكثر ما قلت في أصل ولاء السائبة وغيره ونحن لا نخالفك منه إلا في موضع ثم نقيس عليه غيره فيكون مواضع.

قلت: وما ذاك؟ قال الرجل إذا أسلم على يدي الرجل كان لا ولاؤه كما يكون للمعتق.

قلت: أتدفع أن الكتاب والسنة والقياس يدل على ما وصفنا من أن المنعم بالعتق يثبت له الولاء كثبوت النسب؟ قال لا.

قلت والنسب إذا ثبت فإنما الحكم فيه أن الولد مخلوق من الوالد؟ قال نعم.

قلت: فول أراد الوالد بعد الاقرار بأن المولود منه نفيه وأراد ذلك الولد لم يكن لهما ولا لواحد منهما ذلك.

قال نعم.

---

(١) الأم – دار الفكر، ١٩٥/٣

قلت فلو أن رجلا لا أب له رضى أن ينتسب إلى رجل ورضى ذلك الرجل وتصادقا مع **التراضي** بأن ينتسب أحدهما إلى الآخر وعلم أن أم المنسوب إلى المنتسب إليه لم تكن للمنتسب إليه زوجة ولا أمه وطئها بشبهة لم يكن ذلك لهما ولا لواحد منهما؟ قا ل نعم قلت لانا إنما ننسب بأمرين أحدهما الفراش وفى مثل معناه ثبوت النسب بالشبهة بالفراش والنطفة بعد الفراش؟ قال نعم قلت ولا ننسب بالتراضى إذا تصادقا إذا لم يكن ما ينسب به، قال نعم: قلت: وثبت له حكم الاحرار وينتقل عن أحكام العبودية.

قال نعم قلت والولاء هو إخراجك مملوكك من الرق بعتقك والعتق فعل منك لم يكن لمملوكك رده عليك؟ قال نعم.

قلت: ولو رضيت أن تهب ولاءه أو تبيعه لم يكن ذلك لك؟ قال نعم.

قلت فإذا كان هذا ثبت فلا يزول بما وصفت من متقدم العتق والفراش والنطفة وما وصفت من ثبوت الحقوق في النسب والولاء، أفتعرف أن المعنى الذى اجتمعنا عليه في تثبيت النسب والولاء لا ينتقل وإن رضى المنتسب والمنتسب إليه، والمولى المعتق والمولى المعتق لم يجز له ولا لهما بتراضيهما قال نعم.

هكذا السنة والاثر وإجماع الناس فهل تعرف السبب الذى كان ذلك؟ (قال الشافعي) فقلت له في واحد ما وصفت ووصفنا كفاية والمعنى الذى حكم بذلك بين عندي والله تعالى أعلم.

قال فما هو؟ قلت إن الله عزوجل أثبت للولد والوالد حقوقا في المواريث وغيرها وكانت الحقوق التى تثبت لكل واحد منهما على صاحبه تثبت للوالد على ولد الولد، وللولد من الام على والدى الوالد حقوقا في المواريث وولاء الموالى وعقل الجنايات وولاية النكاح وغير ذلك، فلو ترك الوالد والولد حقهما من ذلك]." (١)

"موضع كذا وكذا فتخرج جميع ما في هذه الآبار الموصوفة بما ذكرنا في هذا الكتاب منها وتنحيه عن دارى حتى توفينيها ارضا لا شئ فيها مما في آبار المغتسلات بكذا وكذا دينارا وازنة وجيادا ودفعتها إليك وبرئت إليك منها وضمنت لى ما وصفت في هذا الكتاب حتى تو فينيها كما ضمنت لى في انسلاخ ذى الحجة من سنة كذا وكذا شهد) وإن خفت أن ينتقض الكراء فإن العراقيين ينقضونه بالعدد فإذا أجرته سنة كتبت (أجرته سنة أولها شهر كذا وآخرها شهر كذا بخمسين دينارا منها شهر كذا أول الشهور بأربعين دينارا وأحد عشر شهرا وتسميها بعشرة دنانير) والله سبحانه وتعالى الموفق.

باب إذا أراد يكتب شراء عبد هذا ما اشترى فلان بن فلان الفلاني من فلان بن فلان الفلاني وفلان وفلان صحيحا الابدان لا علة بها من مرض ولا غيره جائزا الامر في اموالهما وذلك في شهر كذا من سنة كذا اشترى منه غلاما مربوعا أبيض حسن الجسم جعدا أ عي‍ن أفرق الثنايا أزج حلوا يسمى فلانا بكذا وكذا دينارا خلقان وازنة أفرادا بعدما عرف فلان وفلان هذا العبد بعينه ورأياه معا وقبض فلان هذا العبد من فلان وقبض فلان هذا الثمن من فلان وافيا بعدما تبايعا وتفرقا بعد البيع حتى غاب كل واحد منهما عن صاحبه من الموضع الذى تبايعا فيه بعد **التراضي** منهما جميعا بالبيع ولفلان على فلان في هذا العبد بيع الاسلام وعهدته لاداء ولا غائلة ولا عيب ظاهر ولا باطن ولا شين فما أدرك فلانا في هذا

---

(١) الأم - دار الفكر، ١٣٦/٤

العبد أو في شئ منه من تباعة فعلى فلان خلاص ذلك لفلان حتى يسلمه له كما باعه إياه أو يرد إليه ثمنه الذى قبض منه وافيا وهو كذا وكذا دينارا جيادا مثاقيل أفرادا خلقان.

شهد على إقرار فلان وفلان، ومعرفتهما بأعيانهما وأنسابهما فلان وفلان.

شراء عبد آخر هذا ما اشترى فلان بن فلان الفلاني من فلان بن فلان الفلاني اشترى منه غلاما أمرد بربريا مربوعا حسن الجسم جعدا أفرق الثنايا أعين أزج حلوا يدعى فلانا بكذا وكذا دينارا مثاقيل أفرادا خلقان جيادا ودفع فلان بن فلان هذا العبد الموصوف في هذا الكتاب إلى فلان وقبضه فلان منه ودفع فلان إلى فلان هذا الثمن الموصوف في هذا الكتاب وبرئ إليه منه وتفرقا بعد تبايعهما وتقابضهما ومعرفة

كل واحد منهما بما باع واشترى شهد على إقرار فلان وفلان ومعرفتهما بأسمائهما وأنسابهما وأنهما صحيحا العقل والابدان جائزا الامر يوم تبايعا هذا العبد وأشهداهما في هذا الكتاب في شهر كذا من سنة كذا شهد على ذلك فلان وفلان (قال الشافعي) هذا أقل ما أعرفه بينا من كتب العهدة (قال الشافعي) رحمه الله تعالى ومن اشترى فله عهدة الاسلام وليس له شين ولا عيب ولا داء ولا شئ ينقص من ثمن العبد قليل ولا كثير وله الخلاص أو يرد عليه الثمن وافيا وسواء شرط هذا أو لم يشرطه إنما الشرط احتياطا لجهالة الحكام ولو ترك أيضا إشهادهما بصحتهما في أبدانهما وعقولهما وإجازة أمورهما في أموالهما كان هذا على الصحة حتى يعلم غيرها وليس مما يحب تركه ولو ترك وتفرقا بعد البيع والقبض عن تراض." (١)

"منهما جميعا ما ضره لانهما إذا جاءا بعد البيع بيوم أو أكثر فقد تفرقا بعد البيع والبيع تام على **التراضي** حتى ينقضاه ولو ترك وبرئ إليه من الثمن ما ضره إذا كتب دفع ولو ترك التاريخ في البيع ما ضره غير أنى لا أحب في كتاب العهدة شيئا تركه احتياطا للبائع والمشترى معا وأقل ما يجزئ في كتاب العهدة ذكر صفة المشترى وذكر الثمن وقبضهما ثم للمشترى على البائع كل شرط سميناه وإن لم يشرطه وهكذا يكتب شراء الامة وسواء صغير العبيد وإمائهم وكبيرهم وسبيهم ومولدهم يوصف كل واحد منهم بجنسه وحليته ويقال مولد إن كان مولدا وهكذا في شراء الحيوان كله الابل والبقر والغنم والخيل عرابها وهجنها وبراذينها والبغال والحمير وغير ذلك من الحيوان ويصف الفرس بشيته ويقال اشترى منه فرسا كميتا أحمر أغر سائل الغرة محجلا إلى الركب مربوعا وثيق الخلق نهد المشاش جديد الاساطين مستدير الكفل مشرق الهادى محسوم الاذ ن رباع جانب وقارح جانبه الآخر من الخيل التى تعرف ببنى فلان من نتاج بلدة كذا) ثم يسوق الكتاب في دفع الثمن وقبض الفرس والتفرق بعد البيع عن تراض كما وصفت في شراء العبيد والعهدة كما وصفت في شراء العبيد وإن كان اشترى منه بعيرا كتب (اشترى منه بعيرا من النعم التى تعرف ببنى فلان أصهب جسيما بازلا عليه علم بنى فلان موضع كذا وثيق الخلق أهدل المشفر دقيق الخطم ضخم الهامة) وإن كان له صفة غير هذا بينت صفته ثم تسوق الكتاب كما سقته في العبد والفرس وإنما قلت من النعم التى تعرف ببنى فلان ولم أقل من نعم بنى فلان احتراسا من تباعة بنى فلان

---

(١) الأم – دار الفكر، ٢٠٨/٦

واحتياطا على الحاكم وكتاب كل ما بيع من الحيوان ككتاب العبد والفرس والبعير فإذا كان العبد بين رجلين فباع أحدهما نصيبه منه فالبيع جائز والمشترى يقوم مقام البائع في النصف الذى ابتاع منه ولو طلب الذى له نصف العبد الشفعة في العبد لم أر له فيه شفعة فـإن قال قائل كيف لا تجعل الشفعة في كل شئ قياسا على الشفعة في الارضين قيل له لما وجدنا المسلمين يزعمون أنه يجوز لى أن أكون مالكا معك ولا يكون لك إخراجى من ملكى بقيمة ملكى ولا بأكثر ولا بأقل من قيمته ولا لى ذلك عليك وتموت فيرثك ولدك أو غيرهم فلا يكون لى إخراجهم من حقوقهم التى ملكوها عنك بشئ ولا يكون لهم إخراجى بشئ وتهب نصيبك فلا يكون إلى إخراج من وهبت له من نصيبك الذى ملك عنك بشئ إلا برضاه وقالوا ذلك في كل ملك ملكه رجل عن آخر بغير الشراء في كل ما يملك لم يستثنوا أرضا ولا غيره ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) دلت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم دلالة بينة على أن لا شفعة فيما لا يقسم ولا يقسم شئ بذرع وقيمة ويحدد (١) الاصول والبناء على الارض والشجر عليها فاقتصرنا بالشفعة على الارض وماله أرضه خاصة فكان العبيد والثياب وكل ما جاوز الارضين وما له أرض من غراس وبناء خارجا من السنة في الشفعة مردودا على الاصل أن من ملك شيئا عن غيره تم له ملكه ولم يكن لغيره أن يخرجه منه إلا برضاه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) لعله: " إلا الاصول والبناء الخ " وحرر.

كتبه مصححه.." (١)

"ثمن خمسين فقوم فوجد العيب نقصه العشر وذلك خمسة دنانير من قيمته فيرجع عليه بعشرة دنانير لانها أصل الثمن ولست ألتفت إلى قيمته فيما يتراجعان فيه إنما أنظر إلى قيمته لاعرف كم قدر العيب منها أعشرا أو أقل أو أكثر فآخذ العشر من أصل الثمن لا من القيمة.

وإن رضى البائع أن يأخذ العبد معيبا لا يرجع على المشترى بقيمة العيب الذى يحدث عنده فليس عليه أن يرد قيمة العيب ويقال إن شئت فتطوع بأخذ العبد معيبا (١) لان الشراء لك صحيح إلا أن لك فيما دلس لك أن ترد إن شئت وإن شئت فأمسك العبد ولا ترجع في العيب بشئ ولو دلس له بعيب في أمة فأصابها ولم يعلم فإن كانت ثيبا ردها بالعيب إن شاء وليس وطؤها بأكثر من الخدمة والخراج وإن كانت بكرا لم يكن له ردها لانه قد نقصها ذهاب العذرة ويرجع بما نقصها العيب وذلك أنه حدث بها عيب عنده فهى كالمسألة قبلها ولو كان أعتقها في هذا كله أو أحبلها فهذا فوت فله أن يرجع بقيمة العيب وكذلك لو ماتت عنده فإذا اشترى نصف عبد فأراد أن يكتب شراء كتب (هذا ما اشترى فلان بن فلان من فلان اشترى منه نصف عبد فرانى محتلم ضخم الهامة عبل العظام مربوع القامة حسن الجسم حالك السواد يدعى فلانا بكذا وكذا دينارا جيادا مثاقيل أفرادا خلقان وذلك بعدما عرف فلان بن فلان وفلان هذا العبد الذى تبايعا نصفه ورأياه وتبايعا فيه وتفرقا عن موضعهما الذى تبايعا فيه حتى غاب كل واحد منهما عن صاحبه بعد البيع

---

(١) الأم - دار الفكر، ٢٠٩/٦

والتراضي منهما جميعا ودفع فلان بن فلان إلى فلان نصف هذا العبد الموصوف في هذا الكتاب وقبضه فلان كما يقبض مثله وذلك أنهما أحضرا هذا العبد المبيع نثفه وسلم له النصف يقوم فيه مقام فلان البائع لا حائل له دون نصفه ودفع إليه فلان الثمن وافيا وبرئ إليه منه ولفلان بن فلان على فلان بن فلان بيع الاسلام وعهدته لا داء ولا غائلة ولا شين ولا عيب ظاهر و لا باطن في ا لعبد الذي ابتاع نصفه فما أدرك فلان بن فلان من درك في نصف هذا العبد الذى اشترى من فلان أو في شئ منه فعلى

فلان خلاصه أو يرد إليه الثمن الذى قبض منه وافيا وهو كذا وكذا دينارا مثاقيل جيادا أفرادا خلقان وازنة شهد على إقرار فلان وفلان ومعرفتهما بأسمائهما وأنسابهما وأنهما يوم كتب هذا الكتاب صحيحان لا علة بهما من مرض ولا غيره جائزا الامر في أموالهما وذلك في شهر كذا من سنة كذا) وهكذا شراء ثلث عبد وربعه وثلث أمة وربعها ودابة وغيرها فإذا ظهر على عيب في العبد رده وإن لم يكن اشترى إلا عشرة لان للعشر نصيبا من العيب وهو في العيب مثل العبد لا يختلفان ويختلفان في الاستحقاق فلو أن رجلا اشترى عبدا فاستحق منه شئ قل أو كثر كان للمشترى الخيار في أخذ ما يبقى من العبد بما يصيبه من الثمن أو رده والرجوع بالثمن لانه لم يسلم له العبد كما بيع (قال الربيع) رجع الشافعي بعد وقال إذا اشترى عبدا أو شيئا فاستحق بعضه فالبيع باطل لان الصفقة جمعت شيئين حلالا وحراما فكان البيع منفسخا ولا يثبت (قال) ولو اشترى نصف عبد من رجل فاستحق على الذى لم يبع نصفه فيه بحاله ففى هذا ما يخالف نصف العبد وفيما كان في مثل معناه وإذا اشترى عبدين في صفقة فأراد أن يكتب شراءهما كتب (هذا ما اشترى فلان بن فلان من فلان بن فلان اشترى منه عبدين اسودين أحدهما نوبى أسود وصيف خماسى حلو جعد رجل معتدل حسن القوام خفيف الجسم متراصف الاسنان مسنون الوجه والآخر فراني غليظ مربوع حالك السواد بعيد ما بين المنكبين معتدل جعد قطط حسن الجسم أفلج الثنايا من أعلى فيه محتلم اشترى فلان بن فلان هذين العبدين الموصوفين في هذا

---

(١) قوله: لان الشراء لك الخ كذا في غير نسخة وتامله، فان الكلام مع البائع اه –.." (١)

"الكتاب بكذا وكذا دينارا جيادا مثاقيل أفرادا خلقان وازنة وتبايع فلان بن فلان وفلان بن فلان في العبدين بعد رؤيتهما ومعاينتهما وقبض فلان بن فلان هذين العبدين الموصوفين في هذا الكتاب وقبض فلان بن فلان هذا الثمن وافيا وتفرقا حتى غاب كل واحد منهما عن صاحبه بعد **التراضي** منهما جميعا بالبيع وتقابضهما ولفلان على فلان بيع الاسلام وعهدته لاداء ولا غائلة ولا عيب ظاهر ولا باطن فما أدرك فلان بن فلان في هذين العبدين أو في أحدهما أو في شئ منهما أو من واحد منهما من درك فعلى

فلان خلاصه حتى يسلمه له كما باعه أو يرد إليه الثمن الذى قبض منه وافيا وهو كذا وكذا دينارا) وهكذا إذا اشترى عبدا وأمة أو ثلاثة أعبد أو أكثر موصوف كل واحد من المشترى يصفه كما وصفت ويصف الثمن كما وصفت وهكذا إذا اشترى عبدا ودارا وما جمعته الصفقة يكتب عهدته ويكتب كل شئ منه بصفته فإن اشترى عبدين وأمة فأراد أن يك‌تب

---

(١) الأم – دار الفكر، ٢١١/٦

عهدتهم ويجعل لكل واحد منهم ثمنا معلوما كتب (هذا ما اشترى فلان من فلان اشترى منه عبدا من صفته كذا وكذا وعبدا من صفته كذا وكذا وأمة من صفتها كذا كذا اشترى منه هذين العبدين والامة الموصوفين في هذا الكتاب بمائة دينار وثمن العبد الفارسى من هذه المائة الدينار ثلاثون دينارا وثمن العبد النوبى من هذه المائة عشرون دينارا وثمن الامة من هذه المائة خمسون دينارا تبايع فلان وفلان هؤلاء الرقيق الثلاثة بعد رؤيتهم ومعرفتهم وتفرقا بعد البيع وقبض فلان جميع ثمنهم وافيا وتفرقا بعد هذا كله عن تراض منهما جميعا به فما أدرك فلانا فيما اشترى من فلان أو في واحد منهم فعلى فلان خلاصه حتى يسلمه له أو يرد إليه الثمن وافيا وهو مائة دينار ولفلان على فلان فيما اشترى من فلان بيع الاسلام وعهدته لا شين ولا عيب ولا داء ظاهر ولا باطن شهد على إقرار فلان وفلان بجميع ما في هذا الكتاب بعد معرفتهما معا به وعلى أنهما يوم أقر به صحيحان لا علة بهما من مرض ولا غيره جائزا الامر شهد فلان وفلان وكتبوا) (قال) وإذا أردت أن تكتب عهدة هؤلاء الرقيق بمعنى أبين من هذا فاكتب (هذا ما اشترى فلان من فلان اشترى منه عبدا نوبيا من صفته كذا بعشرين دينارا وعبدا فارسيا من صفته كذا بعشرين دينارا وأمة مولدة من صفتها كذا بستين دينارا اشترى منه هؤلاء الرقيق الثلاثة كل واحد منهم بما سمى له من الثمن بعد معرفة فلان وفلان بجميع هؤلاء الرقيق ورؤيتهم له قبل البيع وبعده وقبض فلان هؤلاء الرقيق من فلان وقبض فلان جميع الثمن من فلان وتبايعا على ذلك وتفرقا بعد البيع عن تراض منهما جميعا و لفلان فيما اشترى من فلان بيع الاسلام وعهدته لا داء ظاهر ولا باطن فما أدرك فلانا في هؤلاء الرقيق أو في واحد منهم من درك من احد من الناس فعلى فلان خلاصه أو رد ثمن من أدركه فيه الدرك وافيا بما وقع فيه ثمنه وجمي ع أثمانهم مائة دينار ومفرقة على ما في هذا الكتاب شهد على إقرار فلان وفلان ومعرفتهما بأعيانهما وأنسابهما وأنهما يوم كتبا هذا الكتاب صحيحا جائزا الامر في أموالهما.

فلان وفلان.

وثيقة في المكاتب أملاها الشافعي (قال الشافعي) رحمه الله تعالى: هذا كتاب كتبه فلان بن فلان في شهر كذا من سنة كذا وهو صحيح لا علة به من مرض ولا غيره جائز الامر في ماله لمملوكه فلان الفلاني الذى صفته كذا وكذا إنك سألتنى أن أكاتبك على كذا وكذا دينارا مثاقيل جيادا تؤديها إلى منجمة في مضى عشر سنين كلما مضت سنة أديت إلى كذا وكذا دينارا وأول نجومك التى تحل لى عليك انسلاخ سنة كذا كل نجم منها." (١)

"عن امرأته فلم ينفق عليه فرضت عليه النفقة لما مضى منذ ترك النفقة عليها إلى أن أنفق ولا يجوز أن يكون لو كان حاضرا الزمناه نفقتها وبعنا لها في ماله ثم يغيب عنها أو يمنعها النفقة ولا نجعل لها عليه دينا لان الظلم إذا يقطع الحق الثابت والظلم لا يقطع حقا والذي يزعم أنه يفرض عليه نفقتها في الغيبة يزعم

أنه لا يقضي على غائب إلا زوجها فإنه يفرض عليه نفقتها وهو غائب فيخرجها من ماله فيدفعها إليها فيجعلها أوكد من حقوق الناس مرة في هذا ثم يطرحها بغيبته إن لم تقم عليه وهو لا يطرح حقا بترك صاحبه القيام عليه ويعجب من قول أصحابنا في الحيازة ويقول الحق جديد والترك غير خروج من الحق ثم يجعل الحيازة في النفقة.

---

(١) الأم – دار الفكر، ٢١٢/٦

أخبرنا الربيع قال أخبرنا الشافعي قال أخبرنا مسلم بن خالد عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا (قال الشافعي) رحمه الله وهم يزعمون أنهم لا يخالفون الواحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وقد خالفوا حكم عمر ويزعمون أنهم لا يقبلون من أحد ترك القياس وقد تركوه وقالوا فيه قولا متناقضا.

وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول هو قصاص وبه يأخذ وكان ابن أبى ليلى يقول لا يكون قصاصا إلا أن يتراضيا به فإن كان لاحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصا في قولهما جميعا (قال الشافعي) رحمه الله وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله لا يختلفان في وزن ولا عدد وكانا حالين معا فهو قصاص فإن كانا مختلفين لم يكن قصاص إلا بتراض ولم يكن **التراضي** جائزا إلا بما تحل به البيوع.

وإذا أقر وارث بدين وفي نصيبه وفاء بذلك الدين فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول يستوفي ا لغريم من ذلك الوارث المقر جميع ماله من نصيبه لانه لا ميراث له حتى يقضي الدين وبه يأخذ وكان ابن أبى ليلى يقول إنما يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث فإن كان هو وأخ له دخل عليه النصف وإن كانوا ثلاثة دخل عليه الثلث والشاهد عنده منهم وحده بمنزلة المقر وإن كانا اثنين جازت شهادتهما في جميع الميراث في قولهما جميعا إذا كانا عدلين فإن لم يكونا عدلين كان ذلك في أنصبائهما على ما فسرنا من قول أبى حنيفة وابن أبى ليلى (قال الشافعي) رضى الله تعالى عنه إذا مات الرجل وترك ابنين غير عدلين فأقر أحدهما على أبيه بدين فقد قال بعض أصحابنا للغريم المقر له أن يأخذ من المقر مثل الذي كان يصيبه مما في يديه لو أقر به الآخر وذلك النصف من دينه مما في يديه وقال غيرهم يأخذ جميع ماله من هذا فمتى أقر له الآخر رجع المأخوذ من يديه على الوارث معه فيقاسمه حتى يكونا في الميراث سواء.

وإذا كتب الرجل بقرض في

ذكر حق ثم أقام بينة أن أصله كان مضاربة فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول آخذه به وإقراره على نفسه بالقرض أصدق من دعواه وبه يأخذ وكان ابن أبى ليلى يقول أبطله عنه وأجعله عليه مضاربة وهو فيه أمين (قال الشافعي) رحمه الله وإذا أقر الرجل أن للرجل عليه ألف درهم سلفا ثم جاء بالبينة أنها مقارضة سئل الذي له السلف فإن قال نعم هي مقارضة أردت أن يكون له ضامنا أبطلنا عنه السلف وجعلناها مقارضة وإن لم يقر بهذا رب المال وادعاه المشهود له أحلفناه فإن حلف كانت له عليه دينا وكان إقراره على نفسه أولى من شهود شهدوا له بأمر قد يمكن أن يكونوا صدقوا فيه ويكون أصلها مقارضة تعدى فيها فضمن أو يكونوا كذبوا، وإذا أقام الرجل على الرجل البينة بمال في ذكر حق من شئ جائز فأقام الذى عليه الدين البينة أنه من ربا وأنه قد أقر أنه قد كتب ذكر حق من شئ جائز فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول لا أقبل منه." (١)

"الزوجين حيث تراضيا على مهر بقدر مهر المثل لأنه ليس بدلا عنه بل الواجب أحدهما ويجوز فرض مؤجل **بالتراضي** وفوق مهر المثل

---

(١) الأم – دار الفكر، ١٢٨/٧

والثاني ما أشار إليه بقوله (أو يفرضه الحاكم) إذا امتنع الزوج من الفرض لها أو تنازعا في قدر المفروض كما يفرض لأن منصبه فصل الخصومات ولكن يفرضه الحاكم حالا من نقد البلد كما في قيم المتلفات لا مؤجلا ولا بغير نقد البلد وإن رضيت الزوجة بذلك لأن منصبه الإلزام بمال حال من نقد البلد ولها إذا فرضه حالا تأخير القبض بل لها تركه بالكلية لأن الحق لها ويفرض مهر المثل بلا زيادة ولا نقص

ويشترط علم الحاكم بمهر المثل لا يزيد عليه ولا ينقص عنه إلا بالتفاوت اليسير ولا يصح فرض أجنبي من ماله لأنه خلاف ما يقتضيه العقد

والفرض الصحيح كالمسمى في العقد فينشطر بالطلاق بعد عقد وقبل وطء سواء أكان المفروض من الزوجين أو من الحاكم

والثالث ما أشار إليه بقوله (أو يدخل بها) بأن يطأها ولو في حيض أو إحرام أو دبر (فيجب) لها (مهر المثل) وإن أذنت له في وطئها بشرط أن لا مهر لأن الوطء لا يباح بالإباحة لما فيه من حق الله تعالى

والمعتبر في مهر مثل المفوضة أكثر من مهر المثل من العقد إلى الوطء لأن البضع دخل بالعقد في ضمانه واقترن به الإتلاف فوجب الأكثر كالمقبوض بشراء فاسد

ولو طلق الزوج قبل فرض ووطء فلا شطر وإن مات أحد الزوجين قبلهما وجب لها مهر المثل لأنه كالوطء في تقرير المسمى فكذا في إيجاب مهر المثل في التفويض

وهل يعتبر مهر المثل هنا بالأكثر كما مر أو بحال العقد أو الموت أوجه في الروضة وأصلها بلا ترجيح أوجهها أولها لأن البضع دخل في ضمانه بالعقد وتقرر عليه بالموت كالوطء

ولو قتل السيد أمته أو قتلت نفسها قبل دخول سقط مهرها بخلاف ما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول لا يسقط مهرها

ومهر المثل ما يرغب به في مثلها عادة

وركنه الأعظم نسب في النسيبة وقوع التفاخر به كالكفاءة في النكاح

وظاهر كلام الأكثرين اعتبار ذلك في العجم كالعرب وهو المعتمد لأن الرغبات تختلف بالنسب مطلقا فيراعى أقرب من تنسب إليه فأقربهن أخت لأبوين ثم لأب ثم بنات أخ لأبوين ثم لأب ثم عمات لأبوين ثم لأب لأن المدلي بجهتين يقدم على المدلي بجهة ثم بنات الأعمام لأبوين ثم لأب

فإن تعذر اعتبار نساء العصبة اعتبر بذوات الأرحام كالجدات والخالات لأنهن أولى من الأجانب ويقدم من نساء الأرحام الأم ثم الجدات ثم الخالات ثم بنات الأخوات ثم بنات الأخوال

والمراد بالأرحام هنا قرابات الأم لا ذوو الأرحام المذكورون في الفرائض لأن أمهات الأم لسن من المذكورين في الفرائض

ويعتبر مع ما تقدم سن وعفة وعقل وجمال ويسار وفصاحة وبكارة وثيوبة

وما اختلف به غرض كالعلم والشرف لأن المهور تختلف باختلاف الصفات

ويعتبر مع ذلك البلد فإن كان نساء العصبة ببلدين هي في إحداهما اعتبر بعصبات بلدها فإن كن كلهن ببلدة أخرى فالاعتبار بهن لا بأجنبيات بلدها كما قاله في الروضة

(وليس لأقل الصداق ولا لأكثره حد) بل ضابطه كل ما صح كونه مبيعا عوضا أو معوضا صح كونه صداقا ومالا فلا فلو

". (١)

"أي بيوت أزواجهن وإضافتها إليهن للسكنى

﴿ ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ اي قال ابن عباس وغيره الفاحشة المبينة هي أن تبذو على أهل زوجها أي تشتمهم وليس للزوج ولا لغيره إخراجها ولا لها خروج منه وإن رضي به الزوج إلا لعذر

كما سيأتي لأن في العدة حقا لله تعالى والحق الذي لله تعالى لا يسقط **بالتراضي** وخرج بقيد المبتوتة الرجعية فإن للزوج إسكانها حيث شاء في موضع يليق بها وهذا ما في حاوي الماوردي والمهذب وغيرهما من كتب العراقيين لأنها في حكم الزوجة وبه جزم النووي في نكته والذي في النهاية وهو مفهوم المنهاج كأصله أنها كغيرها وهو ما نص عليه في الأم كما قاله ابن الرفعة وغيره

وهو كما قال السبكي أولى لإطلاق الآية وقال الأذرعي إنه المذهب المشهور وقال الزركشي إنه الصواب ولأنه لا يجوز له الخلوة بها فضلا عن الاستمتاع فليست كالزوجة ثم استثنى من وجوب ملازمة البيت

قوله (إلا لحاجة) أي فيجوز لها الخروج في عدة وفاة وعدة وطء شبهة ونكاح فاسد وكذا بائن ومفسوخ نكاحها وضابط ذلك كل معتدة لا تجب نفقتها ولم يكن لها من يقضيها حاجتها لها الخروج في النهار لشراء طعام وقطن وكتان وبيع غزل ونحوه للحاجة إلى ذلك أما من وجبت نفقتها من رجعية أو بائن حامل مستبرأة فلا تخرج إلا بإذن أو ضرورة كالزوجة لأنهن مكفيات بنفقة أزواجهن وكذا لها الخروج لذلك ليلا إن لم يمكنها نهارا وكذا إلى دار جارتها لغزل وحديث ونحوهما للتأنس ولكن بشرط أن ترجع وتبيت في بيتها

تنبيه اقتصر المصنف على الحاجة إعلاما بجوازه للضرورة من باب أولى كأن خافت على نفسها تلفا أو فاحشة أو خافت على مالها أو ولدها من هدم أو غرق

فيجوز لها الانتقال للضرورة الداعية إلى ذلك وعلم من كلامه كغيره وتحريم خروجها لغير حاجة وهو كذلك كخروجها لزيارة وعيادة واستنماء مال تجارة ونحو ذلك

---

(١) الإقناع للشربيني، ٤٢٤/٢

تتمة لو أحرمت بحج أو قران بإذن زوجها أو بغير إذن ثم طلقها أو مات فإن خافت الفوات لضيق الوقت جاز لها الخروج معتدة لتقدم الإحرام وإن لم تخف الفوات لسعة الوقت جاز لها الخروج إلى ذلك أيضا لما في تعيين الصبر من مشقة مصابرة الإحرام وإن أحرمت بعد أن طلقها أو مات بحج أو عمرة أو بهما امتنع عليها الخروج

سواء أخافت الفوات أم لا فإذا انقضت العدة أتمت عمرتها أو حجها إن بقي وقته وإلا تحللت بأفعال عمرة ولزمها القضاء ودم الفوات ويكتري الحاكم من مال مطلق لا مسكن له مسكنا لمعتدته لتعتد فيه إن فقد متطوع به فإن لم يكن له مال اقترض عليه الحاكم فإن أذن لها الحاكم أن تقترض على زوجها أو تكتري المسكن من مالها جاز وترجع به فإن فعلته بقصد الرجوع بلا إذن الحاكم نظر

فإن قدرت على استئذانه أو لم تقدر ولم تشهد لم ترجع وإن لم تقدر وأشهدت رجعت

". (١)

"فقال هل بين لك ما فيها قلت وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة فقال أردت بها سفرا أم أردت بها لحما قلت أردت عليها الحج قال إن بخفها نقبا

قال صاحبها أصلحك الله ما تريد إلى هذا تفسد علي قال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لاحد يبيع شيئا إلا بين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه فإن باع ولم يبين العيب صح البيع لان النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية

فصل في ثبوت خيار العيب فإن لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد لانه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة

فإن ابتاع شيئا ولا عيب به ثم حدث به عيب في ملكه نظرت فإن كان حدث قبل القبض ثبت له الرد لان المبيع مضمون على البائع فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد وإن حدث العيب بعد القبض نظرت فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد لانه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث وإن استند إلى ما قبل القبض بأن كان عبدا فسرق أو قطع يدا قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ففيه وجهان أحدهما أنه يرد وهو قول أبى إسحاق لانه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض

والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لان القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله

فصل ثبوت الخيار على الفور إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يخل إما أن يكون المبيع باقيا على جهته أو زاد أو نقص فإن كان باقيا على جهته وأراد الرد لم يؤخره فإن أخره من غير عذر سقط الخيار لانه خيار ثبت بالشرع

---

(١) الإقناع للشربيني، ٤٧٣/٢

لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الشفعة فإن كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد لانه لم يرض بالعيب ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقي وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد وله أن يرد بغير رضى البائع ومن غير حضوره لانه رفع عقد جعل إليه فلا يعتبر فيه رضى صاحبه ولا حضوره كالطلاق

فإن اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطيء الجارية ففيه وجهان أحدهما أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء

والثاني لا ينفسخ لان الملك قد استقر للمشتري فلا يجوز فسخه إلا بالقول فإن زال العيب قبل الرد ففيه وجهان بناء على القولين في الأمة إذا أعتقت تحت عبد ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ

أحدهما يسقط الخيار لان الخيار ثبت لدفع الضرر وقد زال الضرر

والثاني لا يسقط لان الخيار ثبت بوجود العيب فلا يسقط من غير رضاه

وإن قال البائع أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضا فيها حجارة مدفونة يضر تركها بالأرض فقال البائع أنا أقلع ذلك في مدة لا أجرة لمثلها سقط حق المشتري من الرد لان ضرر العيب يزول من غير إضرار

وإن قال البائع أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله لانه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن

وإن قال المشتري أعطني الأرش لامسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرش لانه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن

فإن تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ففيه وجهان أحدهما يجوز وهو قول أبي العباس لان خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال وهو إذا حدث عند المشتري عيب فجاز إسقاطه إلى المال **بالتراضي** كالخيار في القصاص

والثاني لا يجوز وهو المذهب لانه خيار فسخ فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة

فإن تراضيا على ذلك وقلنا إنه لا يجوز فهل يسقط خياره فيه وجهان أحدهما أنه يسقط لانه رضي بإمساك العين مع العيب

والثاني لا يسقط وهو المذهب لانه رضي بإسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقي الخيار وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز لان على البائع ضررا في تبعيض الصفقة عليه فلم يجز من غير رضاه

وإن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا فهل له أن يفرده بالرد فيه قولان أحدهما لا يجوز لانه تبعيض صفقة على البائع فلم يجز من غير رضاه

والثاني يجوز لان العيب اختص بأحدهما فجاز أن يفرده بالرد

وإن ابتاع اثنان عبدا فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لان البائع فرق الملك في الإيجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما في صفقتين فإن مات من له الخيار انتقل إلى وارثه

". (١)

"وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما تفرقنا عن تراض وقال الآخر تفرقنا عن فسخ البيع ففيه وجهان أحدهما أن القول قول من يدعي **التراضي** لان الأصل عدم الفسخ وبقاء العقد

والثاني أن القول قول من يدعى الفسخ لان الأصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف فأما إذا اختلفا في عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع عندك حدث العيب وقال المشتري بل حدث عندك فالقول قول البائع لان الأصل عدم العيب

فإن اختلفا في المردود بالعيب فقال المشتري هو المبيع وقال البائع الذي بعتك غير هذا فالقول قول البائع لان الأصل سلامة المبيع وبقاء العقد فكان القول قوله

فإن اشترى عبدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيبا فرده وقلنا إنه يجوز (له) أن يرد أحدهما واختلفا في قيمة التالف ففيه قولان أحدهما وهو الصحيح أن القول قول البائع لانه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذى يقر به كالمشترى والشفيع إذا اختلفا في الثمن فإن القول قول المشتري لانه ملك الشقص فلا يزال إلا بما يقر به

والثاني أن القول قول المشترى لانه كالغارم فكان القول قوله فإن باعه عشرة أقفزة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشتري أنها دون حقه ففيه قولان أحدهما أن القول قول المشتري لان الأصل أنه لم يقبض جميعه

والثاني أن القول قول البائع لان العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه فجعل القول قول البائع

فصل إذا باعه سلعة بثمن فى الذمة ثم اختلفا إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض وقال المشتري لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع فقد اختلف أصحابنا فيه

فمنهم من قال فيه ثلاثة أقوال أحدها يجبر البائع على إحضار المبيع والمشتري على إحضار الثمن ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة لان التسليم واجب على كل واحد منهما فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لاحدهما على الآخر دراهم وللآخر عليه دنانير

والثاني لا يجبر واحد منهما بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه لان على كل واحد منهما حقا في مقابلة حق له فإذا تمانعا لم يجبر واحد منهما كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعي فنكل

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/٢٨٤

والثالث أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري وهو الصحيح لان حق المشتري متعلق بعين وحق البائع في الذمة فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ولان البائع يتصرف في الثمن في الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع

ومن أصحابنا من قال المسألة على قول واحد وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره ولم يختره فعلى هذا ينظر فيه فإن كان المشتري موسرا نظرت فإن كان ماله حاضرا أجبر على تسليمه في الحال وإن كان في داره أو دكانه حجر عليه في المبيع وفي سائر أمواله إلى أن يدفع الثمن لانه إذا لم يحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه فيضر بالبائع وإن كان غائبا منه على مسافة يقصر فيها الصلاة فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله لان عليه ضررا في تأخير الثمن فجاز له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس المشتري

وإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان أحدهما ليس له أن يختار عين ماله لانه في حكم الحاضر

والثانى (له أن) يختار عين ماله لانه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد

وإن كان المشتري معسرا ففيه وجهان أحدهما تباع السلعة ويقضى دينه من ثمنها

والمنصوص أنه يرجع إلى عين ماله لانه تعذر الثمن بالإعسار فثبت له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس (المشتري) بالثمن

وإن كان الثمن معينا ففيه قولان أحدهما يجبران

والثاني لا يجبر واحد منهما ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع لان الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض

فصل إن باع من رجل عينا وإن باع من رجل عينا فأحضر المشتري نصف الثمن ففيه وجهان أحدهما لا يجبر البائع على تسليم شيء من المبيع لانه محبوس بدين فلا (يسلم) شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن

والثاني أنه يجبر على تسليم نصف المبيع لان كل واحد منهما عوض عن الآخر وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابلته

ويخالف

". (١)

" فصل في الكتابة على عوض معلوم ولا يجوز إلا على عوض معلوم الصفة لأنه عوض في الذمة فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/٢٩٥

فصل في الكتابة على المنافع وتجوز الكتابة على المنافع لأنه يجوز أن تثبت في الذمة بالعقد فجاز الكتابة عليها كالمال

فإن كاتبه على عملين في الذمة في نجمين جاز كما يجوز على مالين في نجمين

وإن كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لأن ذلك نجم واحد

وإن كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجز لأن العقد في الشهر الثاني على منفعة معينة في زمان مستقبل فلم يجز كما لو استأجره للخدمة في شهر مستقبل

وإن كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز لأنه لا يقدر على تسليم الدينار في الحال

وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار في نجم بعده جاز لأنه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين في نجمين

وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحق لا يجوز لأنه إذا لم يفصل بينهما صارا نجما واحدا

ومنهم من قال يجوز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة وإنما يتصل استيفاوهما فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في نصف الشهر جاز لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة

فصل فيما إذا كاتب رجلان عبدا بينهما وإن كاتب رجلان عبدا بينهما على مال بينهما على قدر الملكين وعلى نجوم واحدة جاز

وإن تفاضلا في المال مع تساوي الملكين أو تساويا في المال مع تفاضل الملكين أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ففيه طريقان من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه فإن قلنا يجوز جاز

وإن قلنا لا يجوز لم يجز لأن اتفاقهما على الكتابة ككتابة أحدهما في نصيبه بإذن الآخر وعلى هذا يدل قول الشافعي رحمه الله تعالى فإنه قال في الأم ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه فدل على أنه إذا جاز ذلك جاز هذا وإن لم يجز ذلك لم يجز هذا

ومنهم من قال لا يصح قولا واحدا لأنه يودي إلى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب لأنه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعدما انتفع به

فصل في الشرط في الكتابة ولا يصح على شرط فاسد لانه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت بالشرط الفاسد كالبيع ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع

فصل في فسخ الكتابة وإذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز لأنه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال لأن ما لا يلزمه إذا لم يجعل شرطا فهي عتقه لم يلزمه إذا جعل شرطا في عتقه كالنوافل وهل يملك أن يفسخ فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يملك لأنه لا ضرر عليه في البقاء على العقد ولا فائدة له في الفسخ

فلم يمكنه

ومنهم من قال له أن يفسخ لأنه عقد لحظه

فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن

فإن مات المولى لم يبطل العقد لأنه لازم من جهته فلم يبطل بالموت كالبيع وينتقل المكاتب إلى الوارث لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل إلى وارثه كالعبد القن

وإن مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالمبيع إذا تلف قبل القبض

ولا يجوز شرط الخيار فيه لأن الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين ألا يدفع فلا معنى لشرط الخيار

فإن اتفقا على الفسخ جاز لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال فجاز فسخه **بالتراضي** كالبيع

باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والإجارة والصدقة والهبة والأخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات وهو مع المولى كالأجنبي مع الأجنبي في ضمان المال وبذل المنافع وأرش الأطراف لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه

ويملك التصرف في المال بما يعود إلى مصلحته ومصلحة ماله فيجوز أن ينفق على نفسه لأن ذلك من أهم المصالح وله أن يفدي في حياته نفسه أو رقيقه لأن له فيه مصلحة

وله أن يختن غلامه

ويودبه لأنه إصلاح للمال وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك إقامته لأن طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية

ومن أصحابنا من قال أن يقيم الحد كما يملك الحر في عبده وله أن يقتص في الجناية عليه وعلى رقيقه

وذكر الربيع قولا آخر أنه لا يقتص من غير إذن المولى ووجهه أنه ربما عجز فيصير

---

(١) ".

"الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع في الجناية وبين أن يفديه

فإن عجزه المجني عليه نظرت فإن كان الأرش يحيط بالثمن بيع وقضي حقه

وإن كان دون الثمن بيع منه ما يقضى منه الأرش وبقي الباقي على الكتابة

وإن أدى كتابة باقية عتق

وهل يقوم الباقي (على المولى) إن كان موسرا

فيه وجهان أحدهما لا يقوم لأنه وجد سبب العتق قبل التبعيض

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٢/١١

والثاني يقوم عليه لان ختياره للإنظار كابتداء العتق

باب الكتابة الفاسدة إذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها لأنه دخل على أن يسلم له ما شرط ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لانه مجمع عليه

وإن مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لأنه غير لازم من جهته فبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة

فإن مات العبد بطل لأنه لا يلحقه العتق بعد الموت وإن جن لم تبطل لأنه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار

فصل إذا أدى المكاتب النجوم وإن أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق لأن الكتابة تشتمل على معاوضة وهو قوله كاتبتك على كذا وعلى صفة وهو قوله فإذا أديت فأنت حر

فإذا بطلت المعاوضة بقيت الصفة فعتق بها وإن أداه إلى غير من كاتبه لم يعتق لأنه لم توجد الصفة

فإذا عتق تبعه ما فضل في يده من الكسب وإن كانت جارية تبعها الولد لأنه جعل كالكتابة الصحيحة في العتق فكانت كالصحيحة في الكسب والولد

فصل فيما يرجع السيد عليه ويرجع السيد عليه بقيمته لأنه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط وتعذر الرجوع إليه فرجع ببدله كما لو باع سلعة بشرط فاسد فتلفت في يد المشتري

ويرجع العبد على المولى بما أداه إليه لأنه دفعه عما عليه فإذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع فإن كان ما دفع إليه من جنس القيمة وعلى صفتها كالأثمان وغيرها من ذوات الأمثال ففيه أربعة أقوال أحدها أنهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر لأنه لا فائدة في أخذه ورده

والثاني أنه إن رضي أحدهما تقاصا وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا لأنه إذا رضي أحدهما فقد اختار الراضي منهما قضاء ما عليه بالذي له على الآخر ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أي جهة شاء

والثالث أنهما إن تراضيا تقاصا وإن لم يتراضيا لم يتقاصا لأنه إسقاط حق بحق فلم يجز إلا بالتراضي كالحوالة

والرابع أنهما لا يتقاصان بحال لأنه بيع دين بدين

وإن أخذ من سهم الرقاب في الزكاة فإن لم يكن فيه وفاء استرجع منه وإن كان فيه وفاء فقد قال في الأم يسترجع ولا يعتق لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب

ومن أصحابنا من قال لا يسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة في العتق والكسب

فصل كتابة العبد والصغير والمجنون فإن كاتب عبدا صغيرا أو مجنونا فأدى ما كاتبه عليه عتق بوجود الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البائع في ملك ما فضل في يده من الكسب وفي التراجع فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحق أنه لا يملك ما فضل في يده من الكسب ولا يثبت التراجع وهو رواية المزني في المجنون لأن العقد مع الصبي ليس بعقد ولهذا لو ابتاع شيئا وقبضه وتلف في يده لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ فإن عقده عقد يقتضي الضمان ولهذا لو اشترى شيئا ببيع فاسد وتلف عنده لزمه الضمان

والثاني وهو قول أبي العباس أنه يملك ما فضل من الكسب ويثبت بينهما التراجع وهو رواية الربيع في المجنون لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد

فصل كتابة بعض العبد وإن كاتب بعض عبده وقلنا إنه لا يصح فلم يفسخ حتى أدى المال عتق لوجود الصفة وتراجعا وسرى العتق إلى باقيه لانه عتق بسبب منه

فإن كاتب شركا له في عبد من غير إذن شريكه نظرت فإن جمع كسبه ودفع نصفه إلى الشريك ونصفه إلى الذي كاتبه عتق لوجود الصفة

فإن جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان أحدهما لا يعتق لأن الأداء يقتضي أداء ما يملك

". (١)

"وروي أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وكان يضربها فأتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت لا أنا ولا ثابت وما أعطاني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذ منها فأخذ منها فقعدت في بيتها

وإن لم تكره منه شيئا وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾

ولانه رفع عقد **بالتراضي** جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالإقالة في البيع

وإن ضربها أو منعها حقها طمعا في أن تخالعه على شيء من مالها لم يجز لقوله عز وجل ﴿ ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾

فإن طلقها في هذه الحال على عوض لم يستحق العوض لانه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع فإن كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لان الرجعة إنما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فتثبت الرجعة فيه

فإن زنت فمنعها حقها لتخالعه على شيء من مالها ففيه قولان أحدهما يجوز ويستحق فيه العوض لقوله عز وجل ﴿ إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾

فدل على أنها إذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئا من مالها

والثاني أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض لانه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبه إذا منعها حقها لتخالعه من غير زنا

فأما الآية فقد قيل إنها منسوخة بآية الإمساك في البيوت وهي قوله تعالى ﴿ فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت ﴾

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٢/١٦

ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم ولانه روي عن قتادة أنه فسر الفاحشة بالنشوز فعلى هذا إذا كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه

فصل ولا يجوز للأب أن يطلق مرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ولان طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية

ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشيء من مالها لانه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فإن خالعها بشيء من مالها لم يستحق ذلك وإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه

ومن أصحابنا من قال إذا قلنا إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي فله أن يخالعها بالإبراء من نصف مهرها وهذا خطأ لانه إنما يملك الإبراء على هذا القول بعد الطلاق وهذا الإبراء قبل الطلاق

فصل ولا يجوز للسفيهة أن تخالع بشيء من مالها لانها ليست من أهل التصرف في مالها فإن طلقها على شيء من مالها لم يستحق ذلك كما لا يستحق ثمن ما باع منها فإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ويجوز للأمة أن تخالع زوجها على عوض في ذمتها ويجب دفع العوض من حيث يجب دفع المهر في نكاح العبد لان العوض في الخلع كالمهر في النكاح فوجب من حيث يجب المهر

فصل ويصح الخلع مع غير الزوجة وهو أن يقول رجل طلق مرأتك بألف علي

وقال أبو ثور لا يصح لان بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره سفه

ولذلك لا يجوز أن يقول لغيره بع عبدك من فلان بألف علي

وهذا خطأ لانه قد يكون له غرض وهو أن يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم فيبذل العوض ليخلصهما طلبا للثواب كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير أو حر في يد من يسترقه بغير حق

ويخالف البيع فإنه تمليك يفتقر إلى رضا المشتري فلم يصح بالأجنبي والطلاق إسقاط حق لا يفتقر إلى رضا المرأة فصح بالمالك والأجنبي كالعتق بمال

فإن قال طلق امرأتك على مهرها وأنا ضامن فطلقها بانت ورجع الزوج على الضامن بمهر المثل في قوله الجديد وببدل مهرها في قوله القديم لانه أزال الملك عن البضع بمال ولم يسلم له وتعذر الرجوع إلى البضع فكان فيما يرجع إليه قولان كما قلنا فيمن أصدق امرأته مالا فتلف قبل القبض

فصل ويجوز الخلع في الحيض لان المنع من الطلاق في الحيض للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة والخلع جعل للضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والتقصير في حق الزوج والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما

ويجوز الخلع من غير حاكم لانه قطع عقد **بالتراضي** جعل لدفع الضرر فلم يفتقر إلى الحاكم كالإقالة في البيع

---

(١) ".

" ٣ (١) * أخبرنا الربيع قال أخبرنا الشافعي رحمه الله قال قال الله تبارك وتعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وقال الله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ قال الشافعي وذكر الله البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته فاحتمل إحلال الله عز وجل البيع معنيين أحدهما أن يكون أحل كل بيع تبايعه المتبايعان جائزي الأمر فيما تبايعاه عن تراض منهما وهذا أظهر معانيه (قال) والثاني أن يكون الله عز وجل أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم المبين عن الله عز وجل معنى ما أراد فيكون هذا من الجمل التي أحكم الله فرضها بكتابه وبين كيف هي على لسان نبيه أو من العام الذي أراد به الخاص فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أريد بإحلاله منه وما حرم أو يكون داخلا فيهما أو من العام الذي أباحه إلا ما حرم على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم منه وما في معناه كما كان الوضوء فرضا على كل متوضئ لا خفي عليه لبسهما على كمال الطهارة وأي هذه المعاني كان فقد ألزمه الله تعالى خلقه بما فرض من طاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأن ما قبل عنه فعن الله عز وجل قبل لأنه بكتاب الله تعالى قبل (قال) فلما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيوع تراضى بها المتبايعان استدللنا على أن الله عز وجل أراد بما أحل من البيوع ما لم يدل على تحريمه على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم دون ما حرم على لسانه (قال الشافعي) فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى (قال الشافعي (وجماع ما يجوز من كل بيع آجل وعاجل وما لزمه اسم بيع بوجه أنه لا يلزم البائع والمشتري حتى يجمعا أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به ولا يعقداه بأمر منهي عنه ولا على أمر منهي عنه وأن يتفرقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على **التراضي** بالبيع فإذا اجتمع هذا لزم كل واحد منهما البيع ولم يكن له رده إلا بخيار أو عيب يجده أو شرط يشرطه أو خيار رؤية إن جاز خيار الرؤية ومتى لم يكن هذا لم يقع البيع بين المتابيعين (قال الربيع) قد رجع الشافعي عن خيار الرؤية وقال لا يجوز خيار الرؤية (قال الشافعي) أصل البيع بيعان لا ثالث لهما بيع صفة مضمونة على بائعها فإذا جاء بها فلا خيار للمشتري فيما إذا كانت على صفته وبيع عين مضمونة على بائعها بعينها يسلمها البائع للمشتري فإذا تلفت لم يضمن سوى العين التي باع ولا يجوز بيع غير هذين الوجهين وهذان مفترقان في كتاب البيوع

١- *كتاب البيوع

(٢) ".

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٢/٧١

(٢) الأم – دار المعرفة، ٣/٣

" يجمعه كله أنه منفصل لا يخالطه شيء قلت فقد تركت القول الأول وقلت آخر وستتركه إن شاء الله تعالى وقلت فكأن القبض عندك لا يقع أبدا إلا على منفصل لا يخالطه شيء قال نعم قلت فما تقول في نصف دار ونصف أرض ونصف عبد ونصف سيف اشتريته منك بثمن معلوم قال جائز قلت وليس علي دفع الثمن حتى تدفع إلي ما اشتريت فأقبضه قال نعم قلت فإني لما اشتريت أردت نقض البيع فقلت باعني نصف دار مشاعا لا أدري أشرقي الدار يقع أم غربيها ونصف عبد لا ينفصل أبدا ولا ينقسم وأنت لا تجيزني على قسمه لأن فيه ضررا فأنا أفسخ البيع بيني وبينك قال ليس ذلك لك وقبض نصف الدار ونصف الأرض ونصف العبد ونصف السيف أن يسلمه ولا يكون دونه حائل قلت أنت لا تجيز البيع إلا معلوما وهذا غير معلوم قال هو وإن لم يكن معلوما بعينه منفصلا فالكل معلوم ونصيبك من الكل محسوب قلت وإن كان محسوبا فإني لا أدري أين يقع قال أنت شريك في ال كل قلت فهو غير مقبوض لأنه ليس بمنفصل وأنت تقول فيما ليس بمنفصل لا يكون مقبوضا فيبطل به الرهن وتقول القبض أن يكون منفصلا قال قد يكون منفصلا وغير منفصل قلت وكيف يكون مقبوضا وهو غير منفصل قال لأن الكل معلوم وإذا كان الكل معلوما فالبعض بالحساب معلوم قلت فقد تركت قولك الأول وتركت قولك الثاني فلم إذا كان هذا كما وصفت يجوز البيع فيه والبيع لا يجوز إلا معلوما فجعلته معلوما ويتم بالقبض لأن البيع عندك لا يتم حتى يقضى على صاحبه بدفع الثمن إلا مقبوضا فكان هذا عندك قبضا زعمت أنه في الرهن غير قبض فلا يعدو أن تكون أخطأت بقولك لا يكون في الرهن قبضا أو بقولك يكون في البيع قبضا (قال الشافعي) فالقبض اسم جامع وهو يقع بمعان مختلفة كيف ما كان الشيء معلوما أو كان الكل معلوما والشيء من الكل جزء معلوم من أجزاء وسلم حتى لا يكون دونه حائل فهو قبض فقبض الذهب والفضة والثياب في مجلس ال رجل والأرض أن يؤتى في مكانها فتسلم لا تحويها يد ولا يحيط بها جدار والقبض في كثير من الدور والأرضين إسلافها بأعلافها والعبيد تسليمهم بحضرة القابض والمشاع من كل أرض وغيرها أن لا يكون دونه حائل فهذا كله قبض مختلف يجمعه اسم القبض وإن تفرق الفعل فيه غير أنه يجمعه أن يكون مجموع العين والكل جزء من الكل معروف ولا حائل دونه فإذا كان هكذا فهو مقبوض والذي يكون في البيع قبضا يكون في الرهن قبضا لا يختلف ذلك (قال الشافعي) ولم أسمع أحدا عندنا مخالفا فيما قلت من أنه يجوز فيه الرهن والذي يخالف (((يختلف))) لا يحتج فيه بمتقدم من أثر فيلزم اتباعه وليس بقياس ولا معقول فيغيبون في الاتباع الذي يلزمهم أن يفرقوا بين الشيئين إذا فرقت بينهما الآثار حتى يفارقوا الآثار في بعض ذلك لأن يجزئوا الأشياء زعموا على مثال ثم تأتي أشياء ليس فيها أثر فيفرقون بينها وهي مجتمعة بآرائهم ونحن و هم نقول في الآثار تتبع كما جاءت وفيما قلت وقلنا بالرأي لا نقبل إلا قياسا صحيحا على أثر (قال الشافعي) وإن تبايع الراهن والمرتهن على شرط الرهن وهو أن يوضع على يدي المرتهن فجائز وإن وضعاه على يدي عدل فجائز وليس لواحد منهما إخراجه من حيث يضعانه إلا باجتماعهما على الرضا بأن يخرجاه (قال الشافعي) فإن خيف الموضوع على يديه فدعا أحدهما إلى إخراجه من يديه فينبغي للحاكم إن كانت تغيرت حاله عما كان عليه من الأمانة حتى يصير غير أمين أن يخرجه ثم يأمرهما أن يتراضيا فإن فعلا وإلا رضي لهما كما يحكم عليهما فيما لم يتراضيا فيه بما لزمهما قال وإن مات الموضوع على يديه الرهن فكذلك يتراضيان

أو يرضى لهما القاضي إن أبيا **التراضي** (قال الشافعي) وإن مات المرتهن والرهن على يديه ولم يرض الراهن وصية ولا وارثة قيل لوارثه إن كان بالغا أو لوصيه إن لم يكن بالغا تراض أنت وصاحب الرهن فإن فعل ا وإلا صيره الحاكم إلى عدل

---

(١) ".

" الحكم فيه أن الولد مخلوق من الوالد قال نعم قلت فلو أراد الوالد بعد الإقرار بأن المولود منه نفيه وأراد ذلك الولد لم يكن لهما ولا لواحد منهما ذلك قال نعم قلت فلو أن رجلا لا أب له رضي أن ينتسب إلى رجل ورضي ذلك الرجل وتصادقا مع **التراضي** بأن ينتسب أحدهما إلى الآخر وعلم أن أم المنسوب إلى المنتسب إليه لم تكن للمنتسب إليه زوجة ولا أمه وطئها بشبهة لم يكن ذلك لهما ولا لواحد منهما قال نعم قلت لأنا إنما ننسب بأمرين أحدهما الفراش وفي مثل معناه ثبوت النسب بالشبهة بالفراش والنطفة بعد الفراش قال نعم قلت ولا ننسب **بالتراضي** إذا تصادقا إذا لم يكن ما ينسب به قال نعم قلت وثبت له حكم الأحرار وينتقل عن أحكام العبودية قال نعم قلت والولاء هو إخراجك مملوكك من الرق بعتقك والعتق فعل منك لم يكن لمملوكك رده عليك قال نعم قلت ولو رضيت أن تهب ولاءه أو تبيعه لم يكن ذلك لك قال نعم قلت فإذا ك ا ن هذا ثبت فلا يزول بما وصفت من متقدم العتق والفراش والنطفة وما وصفت من ثبوت الحقوق في النسب والولاء أفتعرف أن المعنى الذي اجتمعنا عليه في تثبيت النسب والولاء لا ينتقل وإن رضي المنتسب والمنتسب إليه والمولى المعتق والمولى المعتق لم يجز له ولا لهما بتراضيهما قال نعم هكذا السنة والأثر وإجماع الناس فهل تعرف السبب الذي كان ذلك (قال الشافعي) فقلت له في واحد مما وصفت ووصفنا كفاية والمعنى الذي حكم بذلك بين عندي والله تعالى أعلم قال فما هو قلت إن الله عز وجل أثبت للولد والوالد حقوقا في المواريث وغيرها وكانت الحقوق التي تثبت لكل واحد منهما على صاحبه تثبت للوالد على ولد الولد وللولد من الأم على والدي الوالد حقوقا في المواريث وولاء الموالى وعقل الجنايات وولاية النكاح وغير ذلك فلو ترك الوالد والولد حقهما من ذلك ومما (((وما))) يثبت لأنفسهما لم يكن لهما تركة لآبائهم ا أو أبنائهما أو عصبتهما ولو جاز للابن أن يبطل حقه عن الأب في ولاية الصلاة عليه لو مات والقيام بدمه لو قتل والعقل عنه لو جنى لم يجز له أن يبطل ذلك لآبائه ولا أبنائه ولا لإخوته ولا عصبته لأنه قد ثبت لآبائه وأبنائه وعصبته حقوق على الولد لا يجوز للوالد إزالتها بعد ثبوتها ومثل هذه الحال الولد فلما كان هذا هكذا لم يجز أن يثبت رجل على آبائه وأبنائه وعصبته نسب من قد علم أنه لم يلده فيدخل عليهم ما ليس له ولا من قبل أحد من المسلمين ميراث من نسب إليه إلى من نسب له والمولى المعتق كالمولود فيما يثبت له من عقل جنايته ويثبت عليه من أن يكون موروثا وغير ذلك فكذلك لا يجوز أن ينتسب إلى ولاء رجل لم يعتقه لأن الذي يثبت المرء على نفسه يثبت على ولده وآبائه وعصبته ولايتهم فلا يجوز له أن يثبت عليهم ما لا يلزمهم من عقل وغيره بأمر لا يثبت ولا لهم بأمر لم يثبت فقال هذا كما وصفت إن شاء الله تعالى قلت فلم جاز لك أن توافقه في معنى وتخالفه في معنى وما وصفت في تثبيت الحقوق في النسب والولاء قال أما القياس على الأحاديث التي ذكرت

---

(١) الأم – دار المعرفة، ١٩١/٣

وما يعرف الناس فكما قلت لولا شيء أراك أغفلته والحجة عليك فيه قائمة قلت وما ذاك قال حديث عمر بن عبد العزيز قلت له ليس يثبت مثل هذا الحديث عند أهل العلم بالحديث قال لأنه خالف غيره من حديثك الذي هو أثبت منه قلت لو خالفك ما هو أثبت منه لم نثبته وكان علينا أن نثبت الثابت ونرد الأضعف قال أفرأيت لو كان ثابتا أيخالف حديثنا حديثك عن النبي صلى الله عليه وسلم في الولاء فقلت لو ثبت لاحتمل خلافها وأن لا يخالفها لأنا نجد توجيه الحديثين معا لو ثبت وما وجدنا له من الأحاديث توجيها استعملناه مع غيره قال فكيف كان يكون القول فيه لو كان ثابتا قلت يقال الولاء لمن أعتق لا ينتقل عنه أبدا ولو نقله عن نفسه ويوجه (((وبوجه))) قول

---

(١) ".

" بعينه ورأياه معا وقبض فلان هذا العبد من فلان وقبض فلان هذا الثمن من فلان وافيا بعد ما تبايعا وتفرقا بعد البيع حتى غاب كل واحد منهما عن صاحبه من الموضع الذي تبايعا فيه بعد **التراضي** منهما جميعا بالبيع ولفلان على فلان في هذا العبد بيع الإسلام وعهدته لا داء ولا غائلة ولا عيب ظاهر ولا باطن ولا شين فما أدرك فلانا في هذا العبد أو في شيء منه من تباعة فعلى فلان خلاص ذلك لفلان حتى يسلمه له كما باعه إياه أو يرد إليه ثمنه الذي قبض منه وافيا وهو كذا وكذا دينارا جيادا مثاقيل أفرادا خلقان شهد على إقرار فلان وفلان ومعرفتهما بأعيانهما وأنسابهما فلان وفلان - * شراء عبد آخر - * هذا ما اشترى فلان بن فلان الفلاني من فلان بن فلان الفلاني اشترى منه غلاما أمرد بربريا مربوعا حسن الجسم جعدا أفرق الثنايا أعين أزج حلوا يدعى فلانا بكذا وكذا دينارا مثاقيل أفرادا خلقان جيادا ودفع فلان بن فلان هذا العبد الموصوف في هذا الكتاب إلى فلان وقبضه فلان منه ودفع فلان إلى فلان هذا الثمن الموصوف في هذا الكتاب وبرئ إليه منه وتفرقا بعد تبايعهما وتقابضهما ومعرفة كل واحد منهما بما باع واشترى شهد على إقرار فلان وفلان ومعرفتهما بأسمائهما وأنسابهما وأنهما صحيحا العقل والأبدان جائزا الأمر يوم تبايعا هذا العبد وأشهداهما في هذا الكتاب في شهر كذا من سنة كذا شهد على ذلك فلان وفلان (١) (قال الشافعي) رحمه الله تعالى ومن اشترى فله عهدة الإسلام وليس له شين ولا عيب ولا داء ولا شيء ينقص من ثمن العبد قليل ولا كثير وله الخلاص أو يرد عليه الثمن وافيا وسواء شرط هذا أو لم يشرطه إنما الشرط احتياطا لجهالة الحكام ولو ترك أيضا إشهادهما بصحتهما في أبدانهما وعقولهما وإجازة أمورهما في أموالهما كان هذا على الصحة حتى يعلم غيرها وليس مما يحب تركه ولو ترك وتفرقا بعد البيع والقبض عن تراض منهما جميعا ما ضره لأنهما إذا جاءا بعد البيع بيوم أو أكثر فقد تفرقا بعد البيع والبيع تام على **التراضي** حتى ينقضاه ولو ترك وبرئ إليه من الثمن ما ضره إذا كتب دفع ولو ترك التاريخ في البيع ما ضره غير أني لا أحب في كتاب العهدة شيئا تركه احتياطا للبائع والمشتري معا وأقل ما يجزئ في كتاب العهدة ذكر صفة المشتري وذكر الثمن وقبضهما ثم للمشتري على البائع كل شرط سميناه وإن لم يشرطه وهكذا يكتب شراء الأمة وسواء صغير العبيد وإمائهم وكبيرهم وسبيهم ومولدهم يوصف كل واحد منهم بجنسه وحليته ويقال مولد إن كان مولدا وهكذا

---

(١) الأم - دار المعرفة، ٤/١٣٠

في شراء الحيوان كله الإبل والبقر والغنم والخيل عرابها وهجنها وبراذينها والبغال والحمير وغير ذلك من الحيوان ويصف الفرس بشيته ويقال اشترى منه فرسا كميتا أحمر أغر سائل الغرة محجلا إلى الركب مربوعا وثيق الخلق نهد المشاش حديد الأساطين مستدير الكفل مشرق الهادي محسوم الأذن رباع جانب وقارح جانبه الآخر من الخيل التي تعرف ببني فلان من نتاج بلدة كذا ثم يسوق الكتاب في دفع الثمن وقبض الفرس والتفرق بعد البيع عن تراض كما وصفت في شراء العبيد والعهدة كما وصفت في شراء العبيد وإن كان اشترى منه بعيرا كتب اشترى منه بعيرا من النعم التي تعرف ببني فلان أصهب جسيما بازلا عليه علم بني فلان موضع كذا وثيق الخلق أهدل المشفر دقيق الخطم ضخم الهامة وإن كان له صفة غير هذا بينت صفته ثم تسوق الكتاب كما سقته في العبد والفرس وإنما قلت من النعم التي تعرف ببني فلان ولم أقل من نعم بني فلان احتراسا من تباعة بني فلان واحتياطا على الحاكم وكتاب كل ما بيع من الحيوان ككتاب العبد والفرس والبعير فإذا كان العبد بين رجلين فباع أحدهما نصيبه منه فالبيع جائز والمشتري يقوم مقام البائع في النصف الذي

١- (قال الشافعي) هذا أقل ما أعرفه بينا من كتب العهدة

". (١)

" ولو تصادقا أن العيب كان بالعبد وادعى البائع التبرؤ من العيب وأنكر ذلك المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يصدق البائع على أنه تبرأ إليه ويكلف البينة فإن هو جاء بها وإلا حلف المشتري ورد عليه وأصل معرفة العيب أن يدعى له رجلان من أهل العلم به فإذا قالا هذا عيب ينقص من ثمن العبد والأمة والمشترى ما كان حيوانا أو غيره شيئا قل أو كثر فهو عيب لصاحبه الخيار في الرد به أو قبضه إن لم يكن قبضه وإجازة البيع ومتى اختار البيع بعد العيب لم يكن له رده وإن ظهر على عيب غير العيب الذي اختار وحبس المبيع بعده كان له رد العبد بالعيب الذي ظهر عليه وإن اشترى رجل عبدا قد دلس فيه بعيب فلم يعلم به حتى حدث عنده به عيب آخر لم يكن له رده بالعيب وقوم العبد صحيحا ومعيبا ثم رد عليه قيمة ما بين الصحة والعيب مثل أن يكون اشترى العبد بخمسين دينارا وقيمته صحيحا مائة ومعيبا بتسعين فيرجع المشتري على البائع بعشر الثمن وهو خمسة دنانير ولا يكون له أن يرجع بعشرة دنانير لأنه لم يبعه إياه بالقيمة وكذلك لو اشترى بمائة وهو ثمن (((ثمنه))) خمسين فقوم فوجد العيب نقصه العشر وذلك خمسة دنانير من قيمته فيرجع عليه بعشرة دنانير لأنها أصل الثمن ولست ألتفت إلى قيمته فيما يتراجعان فيه إنما أنظر إلى قيمته لأعرف كم قدر العيب منها أعشرا أو أقل أو أكثر فآخذ العشر من أصل الثمن لا من القيمة وإن رضي البائع أن يأخذ العبد معيبا لا يرجع على المشتري بقيمة العيب الذي يحدث عنده فليس عليه أن يرد قيمة العيب ويقال إن شئت فتطوع بأخذ العبد معيبا (١) لأن الشراء لك صحيح إلا أن لك فيما دلس لك أن ترد إن شئت وإن شئت فأمسك العبد ولا ترجع في العيب بشيء ولو دلس له بعيب في أمة فأصابها ولم يعلم فإن كانت ثيبا ردها بالعيب إن شاء وليس وطؤها بأكثر من الخدمة والخراج وإن كانت بكرا لم يكن له ردها لأنه قد نقصها ذهاب العذرة ويرجع بما نقصها العيب

---

(١) الأم – دار المعرفة، ١٩٣/٦

وذلك أنه حدث بها عيب عنده فهي كالمسألة قبلها ولو كان أعتقها في هذا كله أو أحبلها فهذا فوت فله أن يرجع بقيمة العيب وكذلك لو ماتت عنده فإذا اشترى نصف عبد فأراد أن يكتب شراء كتب هذا ما اشترى فلان بن فلان من فلان اشترى منه نصف عبد فراني محتلم ضخم الهامة عبل العظام مربوع القامة حسن الجسم حالك السواد يدعى فلانا بكذا وكذا دينارا جيادا مثاقيل أفرادا خلقان وذلك بعد ما عرف فلان بن فلان وفلان هذا العبد الذي تبايعا نصفه ورأياه وتبايعا فيه وتفرقا عن موضعهما الذي تبايعا فيه حتى غاب كل واحد منهما عن صاحبه بعد البيع **والتراضي** منهما جميعا ودفع فلان بن فلان إلى فلان نصف هذا العبد الموصوف في هذا الكتاب وقبضه فلان كما يقبض مثله وذلك أنهما أحضرا هذا العبد المبيع نصفه وسلم له النصف يقوم فيه مقام فلان البائع لا حائل له دون نصفه ودفع إليه فلان الثمن وافيا وبرئ إليه منه ولفلان بن فلان على فلان بن فلان بيع الإسلام وعهدته لا داء ولا غائلة ولا شين ولا عيب ظاهر ولا باطن في العبد الذي ابتاع نصفه فما أدرك فلان بن فلان من درك في نصف هذا العبد الذي اشترى من فلان أو في شيء منه فعلى فلان خلاصه أو يرد إليه الثمن الذي قبض منه وافيا وهو كذا وكذا دينارا مثاقيل جيادا أفرادا خلقان وازنة شهد على إقرار فلان وفلان ومعرفتهما بأسمائهما وأنسابهما وأنهما يوم كتب هذا الكتاب صحيحان لا علة بهما من مرض ولا غيره جائزا الأمر في أموالهما وذلك في شهر كذا من سنة كذا وهكذا شراء ثلث عبد وربعه (((كفوا))) وثلث أمة وربعها (((أطوعهم))) ودابة وغيرها فإذا ظهر على عيب في العبد رده وإن لم يكن اشترى إلا عشره لأن للعشر نصيبا من العيب وهو في العيب مثل العبد لا يختلفان ويختلفان في الاستحقاق فلو أن رجلا اشترى عبدا فاستحق منه شيء

---

(١) ".

" قل أو كثر كان للمشتري الخيار في أخذ ما يبقى من العبد بما يصيبه من الثمن أو رده والرجوع بالثمن لأنه لم يسلم له العبد كما بيع قال الربيع رجع الشافعي بعد وقال إذا اشترى عبدا أو شيئا فاستحق بعضه فالبيع باطل لأن الصفقة جمعت شيئين حلالا وحراما فكان البيع منفسخا ولا يثبت (قال) ولو اشترى نصف عبد من رجل فاستحق على الذي لم يبع نصفه لم يكن لهذا أن يرجع وذلك أن نصفه فيه بحاله ففي هذا ما يخالف نصف العبد وفيما كان في مثل معناه وإذا اشترى عبدين في صفقة فأراد أن يكتب شراءهما كتب هذا ما اشترى فلان بن فلان من فلان بن فلان اشترى منه عبدين أسودين أحدهما نوبي أسود وصيف خماسي حلو جعد رجل معتدل حسن القوام خفيف الجسم متراصف الأسنان مسنون الوجه والآخر فراني غليظ مربوع حالك السواد بعيد ما بين المنكبين معتدل جعد قطط حسن الجسم أفلج الثنايا من أعلى فيه محتلم اشترى فلان بن فلان هذين العبدين الموصوفين في هذا الكتاب بكذا وكذا دينارا جيادا مثاقيل أفرادا خلقان وازنة وتبايع فلان بن فلان وفلان بن فلان في العبدين بعد رؤيتهما ومعاينتهما وقبض فلان بن فلان هذين العبدين الموصوفين في هذا الكتاب وقبض فلان بن فلان هذا الثمن وافيا وتفرقا حتى غاب كل واحد منهما عن صاحبه

---

(١) الأم – دار المعرفة، ١٩٥/٦

بعد **التراضي** منهما جميعا بالبيع وتقابضهما ولفلان على فلان بيع الإسلام وعهدته لا داء ولا غائلة ولا عيب ظاهر ولا باطن فما أدرك فلان بن فلان في هذين العبدين أو في أحدهما أو في شيء منهما أو من واحد منهما من درك فعلى فلان خلاصه حتى يسلمه له كما باعه أو يرد إليه الثمن الذي قبض منه وافيا وهو كذا وكذا دينارا وهكذا إذا اشترى عبدا وأمة أو ثلاثة أعبد أو أكثر موصوف كل واحد من المشترى يصفه كما وصفت ويصف الثمن كما وصفت وهكذا إذا اشترى عبدا ودارا وما جمعته الصفقة يكتب عهدته ويكتب كل شيء منه بصفته فإن اشترى عبدين وأمة فأراد أن يكتب عهدتهم ويجعل لكل واحد منهم ثمنا معلوما كتب هذا ما اشترى فلان من فلان اشترى منه عبدا من صفته كذا وكذا وعبدا من صفته كذا وكذا وأمة من صفتها كذا كذا اشترى منه هذين العبدين والأمة الموصوفين في هذا الكتاب بمائة دينار وثمن العبد الفارسي من هذه المائة الدينار ثلاثون دينارا وثمن العبد النوبي من هذه المائة عشرون دينارا وثمن الأمة من هذه المائة خمسون دينارا تبايع فلان وفلان هؤلاء الرقيق الثلاثة بعد رؤيتهم ومعرفتهم وتفرقا بعد البيع وقبض فلان جميع ثمنهم وافيا وتفرقا بعد هذا كله عن تراض منهما جميعا به فما أدرك فلانا (((فلان))) فيما اشترى من فلان أو في واحد منهم فعلى فلان خلاصه حتى يسلمه له أو يرد إليه الثمن وافيا وهو مائة دينار ولفلان على فلان فيما اشترى من فلان بيع الإسلام وعهدته لا شين ولا عيب ولا داء ظاهر ولا باطن شهد على إقرار فلان وفلان بجميع ما في هذا الكتاب بعد معرفتهما معا به وعلى أنهما يوم أقر به صحيحان لا علة بهما من مرض ولا غيره جائزا الأمر شهد فلان وفلان وكتبوا (قال) وإذا أردت أن تكتب عهدة هؤلاء الرقيق بمعنى أبين من هذا فاكتب هذا ما اشترى فلان من فلان اشترى منه عبدا نوبيا من صفته كذا بعشرين دينارا وعبدا فارسيا من صفته كذا بعشرين دينارا وأمة مولدة من صفتها كذا بستين دينارا اشترى منه هؤلاء الرقيق الثلاثة كل واحد منهم بما سمي له من الثمن بعد معرفة فلان وفلان بجميع هؤلاء الرقيق ورؤيتهم له قبل البيع وبعده وقبض فلان هؤلاء الرقيق من فلان وقبض فلان جميع الثمن من فلان وتبايعا على ذلك وتفرقا بعد البيع عن تراض منهما جميعا ولفلان فيما إشترى من فلان بيع الإسلام وعهدته لا داء ظاهر ولا باطن فما أدرك فلانا (((فلان))) في هؤلاء الرقيق أو في واحد منهم من درك من أحد من الناس فعلى فلان خلاصه أو رد ثمن من أدركه فيه الدرك وافيا بما وقع فيه ثمنه وجميع أثمانهم مائة دينار مفرقة على ما في هذا الكتاب شهد على

"(١).

" هو مصدق فيما أقر به والذي أقر له في الصحة والمرض سواء (قال الشافعي) رحمه الله تعالى وإذا كانت على الرجل ديون معروفة من بيوع أو جنايات أو شيء استهلكه أو شيء أقر به وهذا كله في الصحة ثم مرض فأقر بحق لإنسان فذلك كله سواء ويتحاصون معا لا يقدم واحد على الآخر ولا يجوز أن يقال فيه إلا هذا والله تعالى أعلم أو أن يقول رجل إذا مرض فإقراره باطل كإقرار المحجور عليه فأما أن يزعم أن إقراره يلزمه ثم لا يحاص به غرماؤه فهذا تحكم وذلك أن يبدأ بدين الصحة وإقرار الصحة فإن كان عليه دين في المرض ببينة حاص وإن لم يكن ببينة لم يحاص وإذا

(١) الأم – دار المعرفة، ١٩٦/٦

فرع الرجل أهل دين الصحة ودين المرض بالبينة لم تجز له وصية ولم يورث حتى يأخذ هذا حقه فهذا دين مرة يبدأ على المواريث والوصايا وغير دين إذا صار لا يحاص به وإذا استدانت المرأة وزوجها غائب فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول أفرض لها على زوجها نفقة مثلها في غيبته ثم رجع عن ذلك فقال لا شيء لها وهي متطوعة فيما أنفقت والدين عليها خاصة وكان بن أبي ليلى لا يفرض لها نفقة إلا فيما يستقبل وكذلك بلغنا عن شريح وبهذا يأخذ (قال الشافعي) رحمه الله وإذا غاب الرجل عن امرأته فلم ينفق عليها فرضت عليه النفقة لما مضى منذ ترك النفقة عليها إلى أن أنفق ولا يجوز أن يكون لو كان حاضرا ألزمناه نفقتها وبعنا لها في ماله ثم يغيب عنها أو يمنعها النفقة ولا نجعل لها عليه دينا لأن الظلم إذا يقطع الحق الثابت والظلم لا يقطع حقا والذي يزعم أنه يفرض عليه نفقتها في الغيبة يزعم أنه لا يقضي على غائب إلا زوجها فإنه يفرض عليه نفقتها وهو غائب فيخرجها من ماله فيدفعها إليها فيجعلها أوكد من حقوق الناس مرة في هذا ثم يطرحها بغيبته إن لم تقم عليه وهو لا يطرح حقا بترك صاحبه القيام عليه ويعجب من قول أصحابنا في الحيازة ويقول الحق جديد والترك غير خروج من الحق ثم يجعل الحيازة في النفقة أخبرنا الربيع قال أخبرنا الشافعي قال أخبرنا مسلم بن خالد عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن بن عمر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا (قال الشافعي) رحمه الله تعالى وهم يزعمون أنهم لا يخالفون الواحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وقد خالفوا حكم عمر ويزعمون أنهم لا يقبلون من أحد ترك القياس وقد تركوه وقالوا فيه قولا متناقضا وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول هو قصاص وبه يأخذ وكان بن أبي ليلى يقول لا يكون قصاصا إلا أن يتراضيا به فإن كان لأحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصا في قولهما جميعا (قال الشافعي) رحمه الله تعالى وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله لا يختلفان في وزن ولا عدد وكانا حالين معا فهو قصاص فإن كانا مختلفين لم يكن قصاص إلا بتراض ولم يكن **التراضي** جائزا إلا بما تحل به البيوع وإذا أقر وارث بدين وفي نصيبه وفاء بذلك الدين فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول يستوفى الغريم من ذلك الوارث المقر جميع ماله من نصيبه لأنه لا ميراث له حتى يقضى الدين وبه يأخذ وكان بن أبي ليلى يقول إنما يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث فإن كان هو وأخ له دخل عليه النصف وإن كانوا ثلاثة دخل عليه الثلث والشاهد عنده منهم وحده بمنزلة المقر وإن كانا اثنين جازت شهادتهما في جميع الميراث في قولهما جميعا إذا كانا عدلين فإن لم يكونا عدلين كان ذلك في أنصبائهما على ما فسرنا من قول أبي حنيفة وبن أبي ليلى (قال الشافعي) رضي الله تعالى عنه إذا مات الرجل وترك ابنين غير عدلين فأقر أحدهما على أبيه بدين فقد قال بعض أصحابنا للغريم المقر له أن يأخذ من المقر مثل الذي كان يصيبه مما في يديه لو أقر به

". (١)

---

(١) الأم – دار المعرفة، ١٢١/٧

"لمن لا كتاب له ولا شبهة كتاب كعبدة الاوثان والمرتدة ومن دخل في دين اليهود والنصارى بعد النسخ والتبديل ويجوز أن يعقد لليهود والنصارى والمجوس ولمن دخل في دين اليهود والنصارى ولم يعلم هل دخل قبل النسخ والتبديل أو بعدهما وأما السامرة والصابئة فقد قيل يجوز ان يعقد لهم وقيل لا يجوز ومن تمسك بدين إبراهيم وشيث وغيرهما من الأنبياء صلى الله عليه وسلم أجمعين فقد قيل يعقد لهم وقيل لايعقد ولايعقد لمن ولد بين وثني وكتابية وفيمن ولد بين كتابي ووثنية قولان أصحهما انه يعقد له ولا يصح عقد الذمة إلا بشرطين التزام إحكام الملة وبذل الجزية والأولى أن يقسم الجزية على الطبقات فيجعل على الفقير المعتمل دينار وعلى المتوسط ديناران وعلى الغني أربعة دنانير اقتداء بأمير المؤمنين عمر رضي الله عنه وأقل ما يؤخذ دينار وأكثره ما وقع **التراضي** عليه ويجوز أن يضرب الجزية على الرقاب ويجوز ان يضرب ع لى الأرض ويجوز أن يضرب على مواشيهم كما فعل امير المؤمنين عمر رضي الله عنه في نصارى العرب ولا يجوز أن ينقص ما يؤخذ من أراضيهم ومواشيهم عن دينار ويجوز أن يشترط عليهم بعد الدينار ضيافة من يمر بهم من المسلمين ويبين أيام الضيافة في كل سنة ويذكر قدر من يضاف من الفرسان والرجالة ومقدار الضيافة من يوم أو يومين أو ثلاثة ولا يزاد على ثلاثة أيام يبين مقدار الطعام والأدم والعلف وأصنافها ويقسم ذلك على عددهم أو على قدر جزائهم وعليهم أن يسكنوهم في فضول مساكنهم وكنائسهم ومن بلغ من أولادهم أستؤنف له عقد الذمة على ظاهر النص وقيل يؤخذ منه جزية أبيه وتؤخذ الجزية في آخر الحول ويؤخذ ذلك منهم برفق كما يؤخذ سائر الديون ولا يؤخذ من امرأة ولا عبد ولا صبي ولا مجنون وفي الشيخ الفاني والراهب قولان وفي الفقير الذي لا كسب له قولان أحدهما لا

". (١)

"ببعض كالعسل الذي عقد أجزاؤه بالنار وخل التمر لا يجوز قسمته ويجوز للشركاء أن يتقاسموا بأنفسهم ويجوز أن ينصبوا من يقسم بينهم ويجوز أن يترافعوا إلى الحاكم لينصب من يقسم بينهم فإن ترافعوا إليه في قسمة ملك من غير بينة ففيه قولان أحدهما لا يقسم بينهم والثاني يقسم إلا أنه يكتب أنه قسم بينهم بدعواهم فإن كان في القسمة رد إعتبر **التراضي** في ابتداء القسمة وبعد الفراغ منها على المذهب وقيل لا يعتبر **التراضي** بعد خروج القرعة وإن لم يكن فيها رد فإن تقاسموا بأنفسهم لزم بإخراج القرعة وإن نصبوا من يقسم بينهما أعتبر **التراضي** بعد خروج القرعة على المنصوص وفيه قول مخرج من التحكيم أنه لا يعتبر **التراضي** وإن ترافعوا إلى الحاكم فنصب من يقسم لزم ذلك بإخراج القرعة ولا يجوز للحاكم أن ينصب للقسمة إلا حرا بالغا عاقلا عدلا عالما بالقسمة فإن لم يكن في القسمة تقويم جاز قاسم واحد وإن كان فيها تقوي م لم يجز إلا قاسمان وإن كان فيها خرص ففيه قولان أحدهما يجوز واحد والثاني لا يجوز إلا اثنان وأجرة القاسم في بيت المال وإن لم يكن فعلى الشركاء تقسم عليهم على قدر أملاكهم فإن طلب القسمة أحد الشريكين وامتنع الآخر نظر فإن لم يكن على واحد منهما ضرر كالحبوب والأدهان والثياب الغليظة والأراضي والدور أجبر الممتنع وإن كان عليهما ضرر كالجواهر والثياب المرتفعة والرحا والبئر والحمام الصغير لم يجبر الممتنع وإن كان على أحدهما

(١) التنبيه، ص/٢٣٧

ضرر فإن كان على الطالب لم يجبر الممتنع وإن كان على الممتنع فقد قبل لا يجبر وهو الأصح وإن كان بينهما دور ودكاكين وأراض في بعضها شجر وفي بعضها بياض فطلب أحدهما أن يقسم بينهما أعيانا بالقيمة وطلب الآخر قسمة كل عين قسم كل عين وإن كان بينهما عضائد صغارا متلاصقة فطلب أحدهما قسمتها أعيانا وامتنع الاخر فقد قيل يجبر وقيل لا يجبر وإن كان بينهما عبيد أو ماشية أو ثياب أو أخشاب وطلب أحدهما قسمتها أعيانا

". (١)

"من جهة الحاكم فالقول قول المدعى عليه مع يمينه وعلى المدعي البينة وإن نصبا من يقسم بينهما فإن قلنا يعتبر **التراضي** بعد خروج القرعة لم يقبل قوله وإن قلنا لا يعتبر فهو كالحاكم وإن كان ذلك في قسمة فيها رد وقلنا يعتبر **التراضي** بعد القرعة لم يقبل دعواه وإن قلنا لا يعتبر فهو كقسمة الحاكم وإن تقاسموا ثم استحق من حصة أحدهما شيء معين لم يستحق مثله من حصة الآخر بطلت القسمة وإن استحق مثله من حصة الآخر لم تبطل وإن استحق من الجميع جزء مشاع بطلت القسمة وقيل تبطل في المستحق وفي الباقي قولان وإن تقاسم الورثة التركة ثم ظهر دين يحيط بالتركة فإن قلنا القسمة تمييز الحقين لم تبطل القسمة فإن لم يقض الدين بطلت القسمة وإن قلنا أنها بيع ففي بيع التركة قبل قضاء الدين قولان وفي قسمتها قولان وإن كان بينهما نهر أو قناة أو عين فنبع فيها الماء فالماء بينهم على قدر ما شرطوا من التساوي والتفاضل وقيل إن الماء لا يملك والمذهب الأول فإن أرادوا سقي أراضيهم من ذلك الماء بالمهايأة جاز وإن أرادوا القسمة جاز فينصب قبل أن يبلغ إلى أراضيهم خشبة مستوية ويفتح فيها كوى على قدر حقوقهم ويجري فيها الماء إلى أراضيهم فإن أراد أحدهم أن يأخذ قدر حقه قبل أن يبلغ الى المقسم وبجريه في ساقية له إلى أرضه أو يدير به رحى لم يكن له ذلك وإن أراد أن ياخذ الماء ويسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا النهر لم يكن له ذلك وإن كان ماء مباح في نهر غيرمملوك سقى الأول أرضه حتى يبلغ الكعب ثم يرسله إلى الثاني فإن احتاج الأول إلى سقي أرضه دفعة أخرى قبل أن يسقي الثالث سقى ثم يرسل إلى الثالث فإن كان لرجل أرضا عالية وبجنبها أرض مستفلة فلا يبلغ الماء في العالية إلى الكعب حتى يبلغ في المستفلة إلى الوسط سقى المستفلة حتى يبلغ الكعب ثم يسدها ويسقي العالية فإن أراد بعضها أن يحيى أرضا ويسقيها من هـذ ا النهر فإن كان لا يضر بأهل الأراضي لم يمنع وان كان يضر بهم منع

". (٢)

---

(١) التنبيه، ص/٢٥٨

(٢) التنبيه، ص/٢٦٠

"ولمن دخل في دين اليهود والنصارى ولم يعلم هل دخل قبل النسخ والتبديل أو بعدها، وأما السامرة والصابئة فقد قيل: يجوز أن يعقد لهم، وقيل: لا يجوز.

ومن تمسك بدين إبراهيم وشيث، وغيرهما من الأنبياء صلَّى اللَّه عليهم وسلم أجمعين فقد قيل: يعقد لهم، وقيل: لا يعقد (لهم).

ولا يعقد لمن ولد بين وثني وكتابية، وفيمن ولد بين كتابي ووثنية قولان: أصحهما أنه يعقد له.

ولا يصح عقد الذمة إلا بشرطين: التزام أحكام الملة، وبدل الجزية، والأولى أن تقسم الجزية على الطبقات، فيجعل على الفقير المعتمل دينار، وعلى المتوسط ديناران، وعلى الغني أربعة دنانير، اقتداء بأمير المؤمنين عمر رضي الله عنه، وأقل ما يؤخذ دينار، وأكثره ما وقع عليه **التراضي**.

ويجوز أن يضرب الجزية على الرقاب، ويجوز أن يضرب على الأرض، ويجوز أن يضرب على مواشيهم، كما فعل أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه في نصارى العرب، ولا يجوز أن ينقص ما يأخذ من أراضيهم ومواشيهم عن دينار، ويجوز أن يشترط عليهم بعد الدينار ضيافة من يمر بهم من المسلمين، ويبين أيام الضيافة في كل سنة ويذكر قدر من يضاف مِن الفرسان والرجالة، ومقدار الضيافة من يوم أو يومين أو ثلاثة، ولا يزاد على ثلاثة أيام ويبين مقدار الطعام والإدم والعلف واصنافها، ويقسم ذلك على عددهم وعلى قدر جزائهم، وعليهم أن يسكنوهم في فضول مساكنهم وكنائسهم، ومن بلغ من أولادهم استؤنف له عقد الذمة على ظاهر النص، وقيل: يؤخذ منه جزية أبيه.

___." (١)

"وإذا اختلف رجلان فقال أحدهما: قد حكم لي الحاكم بكذا، وأنكر الآخر، فقال الحاكم: حكمت، قبل قوله وحده.

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٣٤٢

باب القسمة

يجوز قسمة الأملاك فإن كان فيها رد فهو بيع فما لا يجوز في البيع لا يجوز في القسمة، وإن لم يكن فيها رد ففيه قولان؛ أحدهما: أنه تمييز للحقين فما أمكن فيه القسمة جازت قسمته، وما لا يمكن فيه القسمة كالارض مع البذر، والارض مع السنابل لا يجوز قسمته. والقول الثاني: أنه بيع فما جاز بيع بعضه ببعض جازت قسمته كالاراضي، والحبوب، والادهان، وغيرها، وما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالعسل الذي عقد أجزاؤه بالنار، وخل التمر، لا يجوز قسمته. ويجوز للشركاء أن يتقاسموا بأنفسهم، ويجوز أن ينصبوا من يقسم بينهم، ويجوز أن يترافعوا إلى الحاكم لينصب من يقسم بينهم، فإن ترافعوا إليه في قسمة ملك من غير بيّنة ففيه قولان؛ أحدهما: لا يقسم بينهم. والثاني: يقسم، إلا أنه يكتب أنه قسم بينهم بدعواهم. وإن كان في القسمة رد اعتبر **التراضي** في ابتداء القسمة وبعد الفراغ منها على المذهب، وقيل: لا يعتبر **التراضي** بعد خروج القرعة. وإن لم يكن فيها رد، فإن تقاسموا بأنفسهم لزم بإخراج القرعة.

---

(١) التنبيه في الفقه الشافعي، ص/٢٤٨

وإن نصبوا من يقسم بينهم اعتبر **التراضي** بعد خروج القرعة على المنصوص، وقيل فيه قول مخرج من التحكيم أنه لا يعتبر **التراضي**. وإن ترافعوا إلى الحاكم، فنصب من يقسم لزم ذلك بإخراج القرعة. ولا يجوز للحاكم أن ينصب للقسمة إلا حراً، بالغاً عاقلاً عدلاً عالماً بالقسمة، فإن لم يكن في القسمة تقويم جاز قاسم واحد، وإن كان فيها تقويم لم يجز إلا قاسمان، وإن كان فيها خرص ففيه قولان؛ أحدهما: يجوز واحد، والثاني: لا يجوز إلا إثنان، وأجرة القاسم في بيت المال، فإن لم يكن فعلى الشركاء تقسم عليهم على قدر أملاكهم.

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٣٤٦

---." (١)

"فإن كانت الانصباء متساوية كالارض بين ثلاثة أنفس أثلاثاً أقرع بينهم، فإن شاء كتب اسماء الملاك في رقاع متساوية وجعلها في بنادق (من طين) متساوية، وجعلها في حجر رجل لم يحضر ذلك ليخرج على السهام، وإن شاء كتب السهام ليخرجها على الاسماء، وإن كانت الانصباء مختلفة مثل أن يكون لواحد السدس، وللثاني الثلث، وللثالث النصف قسمها على أقل الاجزاء وهي ستة أسهم وكتب أسماء الشركاء في ست رقاع: لصاحب السدس رقعة، ولصاحب الثلث رقعتان، ولصاحب النصف ثلاث رقاع، ويخرج على السهام، فإن خرج اسم صاحب السدس اعطى السهم الأول ثم يقرع بين الآخرين، فإن خرج اسم صاحب الثلث اعطى السهم الثاني، والثالث بلا قرعة، والباقي لصاحب النصف، وإن خرج أولا اسم صاحب النصف اعطي ثلاثة أسهم، ثم يقرع بين الآخرين على نحو ما تقدم، ولا يخرج السهام على الاسماء في هذه القسمة، وقيل: يقتصر على ثلاث رقاع لكل واحد رقعة.

رقم الجزء: ١ رقم الصفحة: ٣٤٦

وإذا تقاسموا، ثم ادعى بعضهم على بعض غلطاً، فإن كان فيما تقاسموا بأنفسهم لم يقبل دعواه، وإن قسمه قاسم من جهة الحاكم فالقول قول المدعى عليه بيمينه، وعلى المدعي البينة.

وإن نصبا من يقسم بينهما، فإن قلنا: يعتبر **التراضي** بعد خروج القرعة لم يقبل قوله، وإن قلنا: لا يعتبر فهو كالحاكم، وإن كان ذلك في قسمة فيها رد؛ وقلنا: يعتبر **التراضي** بعد خروج القرعة، لم يقبل قوله، وإن قلنا: لا يعتبر، فهو كقسمة الحاكم. وإن تقاسموا ثم استحق من حصة أحدهما شيء معين، لم يستحق مثله من حصة الآخر، بطلت القسمة. وإن استحق مثله من حصة الآخر لم تبطل. وإن استحق من الجميع جزء مشاع بطلت القسمة، وقيل: تبطل في المستحق، وفي الباقي قولان.

---." (٢)

(١) التنبيه في الفقه الشافعي، ص/٢٧٠

(٢) التنبيه في الفقه الشافعي، ص/٢٧٢

"التبرعات فإن الناذر مخير في ابتداء نذره فالوجوب به أضعف

ولو وجب عليه الحج وتم الحول على نصاب في ملكه هل يكون وجوب الحج دينا مانعا من الزكاة حكمه حكم دين النذر الذي تقدم

فرع إذا قلنا الدين لا يمنع الزكاة فمات قبل الأداء واجتمع الدين والزكاة في تركته ففيه ثلاثة أقوال

أظهرها أن الزكاة تقدم كما تقدم في حال الحياة ثم يصرف الباقي إلى الغرماء

والثاني يقدم دين الآدمي كما يقدم القصاص على حد السرقة

والثالث يستويان فيوزع عليهما

وقيل تقدم الزكاة المتعلقة بالعين قطعا والقول في اجتماع الكفارات وغيرها فيما يسترسل في جلذمة مع حقوق الآدميين

وقد تكون الزكاة من هذا القبيل بأن يتلف ماله بعد الوجوب والإمكان ثم يموت وله مال فإن الزكاة هنا متعلقة بالذمة

فصل إذا أحرز الغانمون الغنيمة فينبغي للإمام أن يعجل قسمتها ويكره له أو بلغ مع غيره من ملكه نصابا ابتدأ من حينئذ حوله ولو تأخرت القسمة بعذر أو غيره حولا فإن لم يختاروا التملك فلا زكاة لأنها غير مملوكة للغانمين أو مملوكة ملكا في غاية من الضعف يسقط بالأعراض

وللإمام في قسمتها أن يخص بعضهم ببعض الأنواع أو بعض الأعيان إن اتحد النوع ولا يجوز هذا في سائر القسم إلا **بالتراضي** وإن اختاروا التملك ومضى حول من وقت الاختيار فإن كانت الغنيمة أصنافا فلا زكاة سواء كانت مما تجب الزكاة في جميعها أو بعضها

". (١)

"إباحة لا يجوز الرجوع فيها قاله القاضي أبو الطيب

وأصحهما له حكم المقبوض بعقد فاسد فيطالب كل واحد صاحبه بما دفعه إن كان باقيا أو بضمانه إن تلف

فلو كان الثمن الذي قبضه البائع مثل القيمة قال الغزالي في الإحياء هذا مستحق ظفر بمثل حقه والمالك راض فله تملكه لا محالة

وقال الشيخ أبو حامد لا مطالبة لواحد منهما وتبرأ ذمتهما **بالتراضي** وهذا يشكل بسائر العقود الفاسدة فإنه لا براءة وإن وجد **التراضي**

وقال مالك رضي الله عنه ينعقد بكل ما يعده الناس بيعا واستحسنه ابن الصباغ

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢/٢٠٠

قلت هذا الذي استحسنه ابن الصباغ هو الراجح دليلا وهو المختار لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ

وممن اختاره المتولي والبغوي وغيرهما

والله أعلم

فرع لو قال بعني فقال بعتك

إن قال بعده اشتريت أو قبلت انعقد قطعا وإلا انعقد على الأصح

وقيل على الأظهر

وقيل ينعقد قطعا

ولو قال اشتر مني فقال اشتريت قال في التهذيب هو كالصورة السابقة

وقال بعضهم لا ينعقد قطعا

ولو قال أتبيعني عبدك بكذا أو قال بعتني بكذا فقال بعت لم ينعقد حتى يقول بعده اشتريت

وكذا لو قال البائع أتشتري داري أو اشتريت مني فقال اشتريت لا ينعقد حتى يقول بعده بعت

". (١)

" فرع كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والعتاق والإبراء ينعقد بالكناية مع النية كانعقاده بالصريح

وما لا يستقل به بل يفتقر إلى إيجاب وقبول ضربان أحدهما ما يشترط فيه الشهادة كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل الإشهاد فهذا لا ينعقد بالكناية لأن الشاهد لا يعلم النية

والثاني ما لا يشترط فيه وهو نوعان

أحدهما ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر كالكتابة والخلع فينعقد بالكناية مع النية

والثاني ما لا يقبل كالبيع والإجارة وغيرهما

وفي انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية وجهان

أصحهما الانعقاد كالخلع

ومثال الكناية في البيع أن يقول خذه مني أو تسلمه بألف أو أدخلته في ملكك أو جعلته لك بكذا وما أشبهها

ولو قال سلطتك عليه بألف ففي كونه كناية وجهان

أحدهما لا كقوله أبحتكه بألف

قلت الأصح أنه كناية

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٣/٣٣٧

والله أعلم

فرع لو كتب إلى غائب بالبيع ونحوه ترتب ذلك على أن الطلاق بالكتب مع النية إن قلنا لا فهذه العقود أولى أن لا تنعقد وإلا ففيها الوجهان في انعقادها بالكنايات

فإن قلنا تنعقد فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب على الأصح

قلت المذهب أنه ينعقد البيع بالمكاتبة لحصول **التراضي** لا سيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة

وقد صرح الرافعي بترجيح صحته بالمكاتبة في كتاب

". (١)

" فرع لو قال المتوسط للبائع بعت كذا فقال نعم أو بعت

وقال للمشتري اشتريت بكذا فقال نعم أو اشتريت انعقد على الأصح لوجود الصيغة **والتراضي**

والثاني لا لعدم تخاطبهما

فرع لو قال بعتك بألف فقال قبلت صح قطعا بخلاف النكاح يشترط على رأي أن يقول قبلت نكاحها احتياطا للأبضاع

ولو قال بعتك بألف إن شئت فقال اشتريت انعقد على الأصح لأنه مقتضى الإطلاق

فرع يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة والكتابة

فرع جميع ما سبق هو فيما ليس بضمني من البيوع

فأما البيع الضمني فيما إذا قال أعتق عبدك عني على ألف فلا تعتبر فيه الصيغ التي قدمناها بل يكفي فيه الالتماس والجواب قطعا

الأمر الثاني أهلية البائع والمشتري ويشترط فيهما لصحة البيع التكليف

". (٢)

"**التراضي** صريحا

فإن لم يصرح ولكن جرى ما يدل على الرضى ففي التحريم وجهان

أصحهما لا يحرم

فإن لم يجر شيء بل سكت فالمذهب أنه لا يحرم كما لو صرح بالرد

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٣/٣٣٨

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٣/٣٤١

وقيل هو على الوجهين

ويحرم أن يبيع على بيع أخيه وأن يشتري على شراء أخيه

فالبيع على بيع أخيه أن يقول لمن اشترى سلعة في زمن خيار المجلس أو الشرط افسخ لأبيعك خيرا منه أو أرخص

والشراء على شرائه أن يقول للبائع افسخ لأشتريه منك بأكثر

وشرط القاضي ابن كج في البيع على البيع أن لا يكون المشتري مغبونا غبنا مفرطا

فإن كان فله أن يعرفه ويبيع على بيعه لأنه ضرب من النصيحة

قلت هذا الشرط انفرد به ابن كج وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث والمختار أنه ليس بشرط

والله أعلم

ولو أذن البائع في بيعه ارتفع التحريم على الصحيح

فصل يحرم النجش وهو أن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع وهو راغب فيها ليغر غيره

فإن اغتر به إنسان فاشتراها صح البيع ثم لا خيار له إن لم يكن الذي فعله الناجش بمواطأة من البائع وإن كان فلا خيار أيضا على الأصح

ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة كذا فصدقه واشتراه فبان خلافه قال ابن الصباغ في ثبوت الخيار الوجهان

واعلم أن الشافعي رضي الله عنه أطلق القول بتعصية الناجش وشرط في تعصية البائع على بيع أخيه أن يكون عالما بالنهي

قال الأصحاب السبب فيه أن النجش خديعة وتحريم الخديعة واضح لكل أحد معلوم من الألفاظ العامة وإن لم يعلم هذا

---

(١) ".

"السادسة إن باع بشرط نفي خيار المجلس فثلاثة أوجه سنذكرها قريبا إن شاء الله تعالى

أحدها يصح البيع والشرط

فعلى هذا تكون هذه الصورة مستثناة هذا حكم المبيع بأنواعه

ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة ولا في الإبراء ولا في الإقالة إن قلنا إنها فسخ وإن قلنا إنها بيع ففيها الخيار

ولا يثبت في الحوالة إن قلنا إنها ليست معاوضة وإن قلنا معاوضة فكذا أيضا على الأصح لأنها ليست على قواعد المعاوضات

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٣/٤١٤

ولا يثبت في الشفعة للمشتري وفي ثبوته للشفيع وجهان

فإن أثبتناه فقيل معناه أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام في المجلس مع تفريعنا على قول الفور

قال إمام الحرمين هذا غلط بل الصحيح أنه على الفور

ثم له الخيار في نقض الملك ورده

ومن اختار عين ماله لإفلاس المشتري فلا خيار له وفي وجه ضعيف له الخيار ما دام في المجلس

ولا خيار في الوقف كالعتق ولا في الهبة إن لم يكن ثواب

فإن كان ثواب مشروط أو قلنا يقتضيه الإطلاق فلا خيار أيضا على الأصح لأنه لا يسمى بيعا والحديث ورد في المتبايعين

ويثبت الخيار في القسمة إن كان فيها رد زإلا فإن جرت بالإجبار فلا خيار وإن جرت **بالتراضي** فإن قلنا إنها إقرار فلا خيار وإن قلنا بيع فكذا على الأصح

النوع الثاني العقد الوارد على المنفعة

فمنه النكاح ولا خيار فيه ولا خيار في الصداق على الأصح

فإن أثبتناه ففسخت وجب مهر المثل

وعلى هذين الوجهين ثبوت خيار المجلس في عوض الخلع ولا تندفع الفرقة بحال

ومنه الإجارة وفي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان

أصحهما عند صاحب المهذب وشيخه الكرخي يثبت وبه قال الاصطخري وصاحب التلخيص وأصحهما عند الإمام وصاحب التهذيب والأكثرين لا يثبت

". (١)

"تزال يده إلا للإنتفاع كما سبق ثم يرد إليه ليلا وإن كان العبد ممن يعمل ليلا كالحارس رد إليه نهارا

ولو شرطا في الإبتداء وضعه في يد ثالث جاز فإن شرطا عند إثنين ونصا على أن لكل واحد منهما الإنفراد بالحفظ أو على أن يحفظاه معا في حرر اتبع الشرط

وإن أطلقناه فوجهان

أصحهما ليس لأحدهما أن ينفرد بالحفظ

كما لو أوصى الى رجلين أو وكل رجلين في شيء لا يستقل أحدهما فعلى هذا يجعلانه في حرز لهما

والثاني يجوز الإنفراد لئلا يشق عليهما فعلى هذا إن إتفقا على كونه عند أحدهما فذاك وإن تنازعا والرهن مما ينقسم قسم وحفظ كل واحد نصفه وإلا حفظ هذا مدة وهذا مدة

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٣/٤٣٥

ولو قسماه **بالتراضي** والتفريع على الوجه الثاني فأراد أحدهما أن يرد ما في يده على صاحبه ففي جوازه وجهان

قلت قطع صاحب التهذيب بأنه لا يجوز

والله أعلم

فرع إذا أراد الذي وضعاه عنده الرد رده إليهما أو إلى وكيلهما كانا غائبين ولا وكيل فهو كرد الوديعة وسيأتي إن شاء الله تعالى

وليس له دفعه إلى أحدهما بغير إذن الآخر فإن فعل ضمن واسترد منه إن كان باقيا وإن تلف في يد المدفوع إليه نظر إن دفعه إلى الراهن رجع المرتهن بكمال قيمته وإن زادت على حقه ليكون رهنا مكانه ويغرم من شاء من العدل والراهن والقرار على الراهن وإن دفعه إلى المرتهن ضمنا والقرار على المرتهن فإن كان الدين حالا وهو من جنس القيمة جاء الكلام في التقاص وإن غصب المرتهن الرهن من يد العدل ضمن

فلو رده اليه برىء

وقيل لا يبرأ إلا بالرد إلى

---

(١) ".

"أصحهما أنه على قولي بيع الغائب إن منعناه لم يتملكه قبل الرؤية وليس للمشتري منعه من الرؤية وإن صححناه فله التملك

ثم قيل خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس

وقيل يثبت قطعا لأن خيار المجلس يبعد ثبوته لأحد الجانبين بخلاف خيار الرؤية

قلت هذا الثاني أصح وصححه الإمام

والله أعلم والطريق الثاني القطع بالمنع وإن صححنا بيع الغائب لأن البيع جرى **بالتراضي** فأثبتنا الخيار فيه وها هنا الشفيع أخذ من غير رضى المشتري فلا يمكن إثبات الخيار فيه

فلو رضي المشتري أن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار فعلى قول الغائب

وإذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن وإقباض المبيع حتى يراه ليكون على ثقة منه

فرع للشفيع الرد بالعيب

ولو أفلس وكان المشتري سلم إليه الشقص راضيا بذمته فله الاسترداد

الطرف الثاني فيما يأخذ به الشفيع المأخوذ أنواع

أحدها المبيع

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤/٨٦

فان بيع بمثلي أخذه يمثله

ثم إن قدر بميعاد الشرع أخذه به وإن قدر بغيره بأن باع بمائة رطل حنطة فهل يأخذه بمثله وزنا أو كيلا فيه خلاف سبق في القرض

فلو كان المثل منقطعا وقت الأخذ عدل

". (١)

"منه النصف ورجوع الثالث على الاول والثاني يسترد من كل ما دفع إليه وهذا أصح ورجح العراقيون الاول

وقال المتولي هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجرة ونقص قيمة الشقص

فأما الثمن فكل فيسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف

الثاني أخذ الحاضر جميع الشقص فوجده معيبا فرده فحضر الثاني وهو في يد المشتري فله أخذ الجميع

الثالث ما يستوفيه الاول من المنافع ويحصل له من الاجرة والثمرة يسلم له فلا يزاحمه فيه الثاني والثالث على الأصح وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما يحصل له بعد المناصفة كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها

الرابع أخذ الاول كل الشقص وأفرزه بأن أتى الحاكم فنصب قيما في مال الغائبين فاقتسما وبنى فيه أو غرس ثم رجع الغائبان هل لهما القلع وجهان

أصحهما لا كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري وغراسه مجانا

والثاني نعم لانهما يستحقان كاستحقاق الاول فليس له التصرف حتى يظهر حالهما بخلاف الشفيع مع المشتري

الخامس إذا حضر اثنان فأخذا الشقص واقتسما مع القيم في مال الغائب ثم قدم (الغائب) فله الأخذ وإبطال القسمة فان عفا استمرت القسمة

السادس أخذ اثنان فحضر الثالث وأراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما ولا يأخذ من الثاني شيئا فله ذلك كما للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الآخر

السابع أخذ الأول الجميع فحضر الثاني وأراد أخذ الثلث فقط فله ذلك على الأصح لأنه لا يفرق الحق على الأول

فان أخذ الثلث على هذا الوجه أو **بالتراضي** ثم حضر الثالث نظر إن أخذ من الأول نصف ما في يده ولم يتعرض

". (٢)

"والمال ناض واقتسماه حصل الاستقرار وهو نهاية الأمر

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٨٦/٥

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٠٤/٥

وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضا فأخذه المالك واقتسما الباقي

وفي حصول الاستقرار بارتفاع العقد ونضوض المال من غير قسمة وجهان

أصحهما نعم للوثوق بحصول رأس المال والثاني لا لأن القسمة الباقية من تتمة عمل العامل

وإن كان المال عرضا بني على خلاف يأتي إن شاء الله تعالى في أن العامل هل يجبر على البيع والتنضيض إن قلنا نعم فالمذهب أنه لا استقرار إذ لم يتم العمل وإلا فوجهان كما لو كان ناضا

ولو اقتسما الربح **بالتراضي** قبل فسخ العقد لم يحصل الاستقرار بل لو حصل خسران بعده كان على العامل جبره بما أخذ

وإذا قلنا لا يملك إلا بالقسمة فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه لأنه وإن لم يملكه فقد ثبت له حق التملك ويقدم على الغرماء لتعلق حقه بالعين وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح ويسعى في التنضيض ليأخذ منه حقه

ولو أتلف المالك المال غرم حصة العامل وكان الاتلاف كالاسترداد

فرع لو كان في المال جارية لم يكن للمالك وطؤها كان في أو لم يكن

واستبعد الإمام تحريم إذا لم يكن ربح

وإذا حرمنا فوطىء لم يكن فسخا للقراض على الأصح ولا حد عليه

وأما المهر فسنذكره إن شاء الله تعالى

ولو وطئها العامل فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالما وإلا فلا حد ويؤخذ منه جميع المهر ويجعل في مال القراض

ولو استولد لم تصر

". (١)

"قولان أو وجهان كالاجارة

وقيل يجب هنا قطعا لكثرة الاختلاف في الثمر بخلاف المنافع فلو فاوت بين الجزء المشروط في السنين لم يصح على المذهب

وقيل قولان كالسلم إلى آجال

ولو ساقاه سنين وشرط له ثمرة سنة بعينها والأشجار بحيث تثمر كل سنة لم يصح

قلت ولو ساقاه تسع سنين وشرط له ثمرة العاشرة لم يصح قطعا وكذا إن شرط له ثمرة التاسعة على الصحيح

والله أعلم الركن الخامس الصيغة ولا تصح المساقاة بدونها على الصحيح

وفيها الوجه المكتفى في العقود **بالتراضي** والمعاطاة وكذا في القراض وغيره

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٣٧/٥

ثم أشهر الصيغ ساقيتك على هذه النخيل بكذا أو عقدت معك عقد المساقاة

قال الأصحاب وينعقد بكل لفظ يؤدي معناها كقوله سلمت إليك نخيلي لتتعهدها على كذا أو اعمل على هذا النخيل أو تعهد نخيلي بكذا وهذا الذي قالوه يجوز أن يكون تفريعا على أن مثله من العقود ينعقد بالكناية ويجوز أن يكون ذهابا إلى أن هذه الألفاظ صريحة ويعتبر في المساقاة لقبول قطعا ولا يجيء فيها الوجه المذكور في القراض والوكالة للزومهما

فرع لو عقدا بلفظ الاجارة فقال استأجرتك لتتعهد نخيلي بكذا من ثمارها أو عقدا الاجارة بلفظ المساقاة فوجهان في المسألتين

أحدهما الصحة لما بين البابين من المشابهة واحتمال كل لفظ معنى الآخر

وأصحهما المنع لأن لفظ الاجارة صريح في غير المساقاة فإن أمكن تنفيذه في موضوعه نفذ فيه وإلا فلا وهو

". (١)

"أو عدد كالجوز نزل عليه

ثم إن كان جذره مما ينطق به فذاك وإلا فالقدر المتيقن يسلم للموصى له والقدر المشكوك فيه يفصل أمره **بالتراضي**

وإن لم يكن المال مقدرا بشيء من ذلك كعبد وجارية قوم ودفع جذر القيمة إلى الموصى له

ومنها الوصية بجذر النصيب

فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم قال الأستاذ يجعل نصيب كل ابن عددا مجذورا ثم يجمع أنصباء البنين ويزاد عليها جذر نصيب أحدهم فما بلغ صحت منه القسمة

فان جعلنا نصيب كل ابن واحدا فأنصباؤهم ثلاثة تزيد عليها واحدا تبلغ أربعة تصح منها القسمة

وإن جعلنا النصيب أربعة فأنصباؤهم اثنا عشر تزيد عليها اثنين تبلغ أربعة عشر تصح منها القسمة

ولو أوصى بجذري نصيب أحدهم وفرضنا النصيب أربعة فأنصباؤهم اثنا عشر تزيد عليها جذري النصيب تبلغ ستة عشر منها تصح القسمة

ولو أوصى بكعب نصيب أحدهم جعلنا النصيب مكعبا وجمعنا الأنصباء وزدنا عليها كعب نصيب

قال الامام وليكن هذا الجواب فيما إذا تقيدت الوصية كما ذكرنا أو فيما إذا قال السائل كيف يصور عدد تصح منه الوصية والميراث فيجاب بأنه يمكن فيه وجوه

منها كيت وكيت

أما إذا أطلق الوصية بجذر النصيب فذكر فيه احتمالين

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٥/١٥٧

أظهرهما أنه ينظر في حصة ابن من التركة فيؤخذ جذره منطوقا به أو أصم كما ذكرنا في جذر جميع المال فيزاد على مسألة الورثة

والثاني أنه ينظر في نصيب كل واحد من سهام المسألة فيؤخذ جذره ويزاد على مسألة الورثة

وعلى هذا فنصيب كل ابن هنا واحد فيزاد على السهام الثلاثة واحد ويصير الحكم كما لو أوصى بنصيب أحدهم

". (١)

"اللفظ الصريح بهما

والثاني الواجب ألف عملا باصطلاحهما

والوجه الثاني إثبات قولين مهما اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاء بقصدهم

قال الإمام وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ

فلو قال الزوج لزوجته إذا قلت أنت طالق ثلاثا لم أرد به الطلاق وإنما غرضي أن تقومي وتقعدي وأريد بالثلاث واحدة فالمذهب أنه لا عبرة بذلك

وفي وجه الإعتبار بما تواضعا عليه

ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الإتفاق في السر أهو مجرد **التراضي** والتواعد أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية منهم من يشعر كلامه بالأول ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان

قال البغوي وخرج بعضهم من هذا أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد وقد سبق بيان هذا التخريج

والطريق الثاني وهو المذهب تنزيل النصين على حالين فحيث قال المهر مهر السر أراد إذا عقد في السر بألف ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملا وهم متفقون على بقاء العقد الأول

وحيث قال المهر مهر العلانية أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفا ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية فالمهر مهر العلانية لأنه العقد

ونقل الحناطي وغيره في المسألة نصا ثالثا وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى وحملوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف أو على أن لا يلزمه إلا أداء ألف

والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٦/٢٥٠

". (١)

"الثالثة إذا كان الزوج لا يحسن ما شرط تعليمه فإن التزم التعليم في الذمة جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم و يعلمها

وإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها أم لا يصح لعجزه وجهان

أصحهما الثاني

ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها لم يصح أيضا لأن العمل متعلق بعينه والأعيان لا تقبل التأجيل

قال المتولي فإن صححنا فأمهلته ليتعلم فذاك وإلا فهو معسر بالصداق

ولو أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها جاز إن كان التزم في الذمة وإلا فلا

ولو أرادت أن تقيم غيرها متعلما فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ وجهان

أصحهما عند الجمهور الثاني وخالفهم الإمام ومنهم من جعل الخلاف في جواز الإبدال مع **التراضي**

ولو فرض عقد مجدد فأبدلت منفعة بمنفعة جاز قطعا

الرابعة أصدقها تعليم ولدها لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها

وإن أصدقها تعليم غلامها قال البغوي لا يصح كالولد

وقال المتولي يصح وهذا أصح

ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان العبد فشرطته صداقا جاز

الخامسة لو تعذر التعليم بأن تعلمت من غيره أو كانت بليدة لا تتعلم أو لا تتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة أو ماتت أو مات الزوج والشرط أن يعلم بنفسه ففي الواجب القولان السابقان فيما لو تلف الصداق قبل القبض

فعلى الأظهر يجب مهر المثل وعلى الآخر أجرة التعليم

السادسة قال علمتك وأنكرت فإذا لم تحسنه صدقت وإن أحسنته

". (٢)

"كناية وفي الإملاء صريح

قال الروياني وغيره الأول أظهر واختار الإمام والغزالي والبغوي الثاني ولفظ المفاداة كلفظ الخلع على الأصح

وقيل كناية قطعا

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢٧٥/٧

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٣٠٦/٧

وإذا قلنا لفظ الخلع صريح فذاك إذا ذكر المال فإن لم يذكره فكناية على الأصح

وقيل على القولين

وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال وجهان

أصحهما عند الإمام والغزالي والروياني نعم للعرف وكالخلع على خمر والثاني لا لعدم الالتزام فإن أثبتنا المال فإن جعلناه فسخا أو صريحا في الطلاق أو كناية ونوى وجب مهر المثل وحصلت البينونة

وإن جعلناه كناية ولم ينو لغا وإن لم يثبت المال عند الطلاق فإن جعلناه فسخا لغا لأن الفسخ **بالتراضي** لا يكون إلا بعوض هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب وذكروا أن مساق كلامهم أنه لو نفى العوض في الخلع لم يصح الخلع على قول الفسخ قال الإمام والقياس الحق صحته بلا عوض

وإن جعلناه طلاقا إما صريحا وإما كناية ونوى فهو طلاق رجعي وفي افتقاره إلى قبولها وجهان

أصحهما لا يفتقر صححه الإمام وقطع به البغوي لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي والوجهان فيما إذا قال خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها

أما لو قال خلعت أو خالعت ولم يضمر التماس الجواب فلا يفتقر إلى الجواب قطعا كما لو قال فارقتك

ولو نوى المال ولم يذكره وقلنا مطلقه لا يقتضي مالا فهل تؤثر النية في ثبوت المال وجهان يقربان من انعقاد البيع ونحوه بالكنايات

فإن قلنا يؤثر ثبت المال ولا بد فيه من نيتها أيضا

وإن قلنا لا تؤثر فهل يقع الطلاق ويلغى منه المال أم لا يقع لأنه نوى الطلاق على مال لا مطلقا وجهان

وفي فتاوى

---

(١) ".

"الطريقان وطريقة القطع هنا أظهر لأن الشرط هنا لا يمكن الوفاء به وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض فيتعين مهر المثل

الرابعة علق طلاقها بصفة وذكر عوضا فقال طلقتك إذا جاء غد أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف فقبلت أو سألته فقالت علق طلاقي برأس الشهر أو بدخول الدار على ألف فعلق فالصحيح وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليق

وقيل لا يقع لأن المعاوضة لا تقبل التعليق فيمتنع ثبوت المال

وإذا لم يثبت لم تطلق لارتباطه فإن قلنا بالصحيح اشترط القبول على الاتصال قال القفال ويحتمل أنها تخير بين القبول في الحال أو عند وجود الصفة والمعروف الأول

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٧/٣٧٦

ثم الواجب المسمى أم مهر المثل وجهان

وقيل قولان أصحهما عند الجمهور الأول ويجري الخلاف فيما إذا قالت إذا جاء رأس الشهر وطلقتني فلك ألف فطلقها عند رأس الشهر إجابة لها

وقيل إن ابتدأ الزوج بالتعليق وجب المسمى وإن ابتدأت بالسؤال فمهر المثل

وإذا أثبتنا المسمى فمتى يجب ويلزم تسليمه فيه أوجه

أصحها في الحال واختاره ابن الصباغ لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال والمعوض تأخر **بالتراضي**

فإن تعذر تسليم المعوض بأن فارقها قبل وجود المعلق عليه لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه

والثاني يجب في الحال لكن لا يلزم تسليمه إلا عند وجود المعلق عليه لتأخر المعوض

". (١)

"وقد يختلف القدر بأن يكون المقتول أولا رجلا والجاني امرأة وإذا قلنا بالأظهر ولم نوجب القصاص على المبادر فلأخيه نصف الدية وممن يأخذها قولان أحدهما من أخيه المبادر وأظهرهما من تركة الجاني فإذا قلنا يأخذ من أخيه فأبرأ أخاه بريء وإن أبرأ وارث الجاني لم يصح لأنه لا حق له عليه ولو أبرأ وارث الجاني المبادر عن الدية لم يسقط النصف الثابت عليه لأخيه وأما النصف الثابت للوارث فيبنى على التقاص في الدينين هل يحصل بنفس الوجوب إن قلنا نعم فالعفو لغو وبمجرد وجوبهما سقطا وإن قلنا لا يحصل حتى يتراضيا صح الإبراء وسقط ما ثبت للوارث على المبادر ويبقى للمبادر النصف في تركة الجاني وإن قلنا حق الذي لم يقتل في تركة الجاني لا على أخيه فلوارث الجاني على المبادر دية تامة وللمبادر نصف الدية في تركة الجاني فيقع النصف تقاصا ويأخذ وارث الجاني منه النصف الآخر فلو أبرأ الذي لم يقتل أخاه فإبر ا ؤه لغو إذ لا شيء له عليه ولو أبرأ وارث الجاني صح ولو أسقط وارث الجاني الدية عن المبادر فإن قلنا يقع التقاص بنفس الوجوب فقد سقط النصف بالنصف ويؤثر الإسقاط في النصف الآخر فلا يبقى لأحدهما على الآخر شيء وإن قلنا لا يقع التقاص إلا **بالتراضي** سقط حق الوارث بإسقاطه وبقي للمبادر نصف الدية في تركة الجاني وإذا كان المبادر جاهلا بالتحريم وجبت الدية بقتله وهل يكون في ماله لقصده القتل أم على عاقلته لأن الجهل كالخطإ قولان فإن قلنا في ماله فالابن الذي لم يقتل يأخذ نصف الدية من أخيه أو من تركة الجاني فيه القولان وإن قلنا على العاقلة أخذ الابنان الدية من تركة الجاني في الحال ووارث الجاني يأخذ ديته من عاقلة المبادر كما تؤخذ الدية من العواقل هذا تفريع الحالة الأولى أما إذا قتله بعد عفو أخيه فإن أوجبنا القصاص واقتص وارث

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٧/٤٢٦

". (١)

"أيضا من أي صنف كانت هذا هو الصحيح وبه قطع الأكثرون من العراقيين وغيرهم وهو ظاهر نصه في المختصر وفي وجه حكاه الإمام عن محققي المراوزة واختاره أنه يجب غالب إبل البلد ومتى تعين نوع فلا عدول إلى ما فوقه أو دونه إلا **بالتراضي** وإذا كان الاعتبار بإبل البلد أو القبيلة فكانت نوعين فأكثر ولا غالب فيها فالخيرة إلى الدافع وإذا اعتبرنا إبل من عليه فتنوعت فوجهان أحدهما تؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع ما شاء والثاني تؤخذ من كل بقسطه إلا أن يتبرع فيعطي الجميع من الأشرف ولو دفع نوعا غير ما في بيده أجبر المستحق على قبوله إذا كان من غالب إبل البلد والقبيلة كذلك وإذا كانت الإبل تباع بأكثر من ثمن المثل فهي كالمعدومة فلا يلزم تحصيلها

فرع إذا كانت الإبل موجودة وعدل من عليه الدية ومستحقها إلى القيمة أو غيرها **بالتراضي** جاز كما لو أتلف مثليا وتراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل جاز قال صاحب البيان هكذا أطلقوه وليكن ذلك مبنيا على جواز الصلح عن إبل الدية ولو أراد أحدهما العدول عن الإبل لم يجبر الآخر عليه وحكي وجه عن ابن سلمة وغيره أن الجاني يتخير بين الإبل والدراهم والدنانير المقدرة على القول القديم تفريعا على القديم والمذهب الأول فإن لم توجد الإبل في الموضع الذي يجب تحصيلها منه أو وجدت بأكثر من ثمن المثل فقولان الجديد الأظهر أن الواجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت والقديم يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم وفي وجه مخرج على القديم عشرة آلاف درهم والاعتبار بالدراهم والدنانير المضروبة الخالصة وذكر الإمام أن الدافع

". (٢)

" فرع ليجريا في وقت واحد ويستحب أن تكون في الغاية قصبة السابق فيظهر لكل أحد بقدمه

الطرف الثاني في أحكامه وفيه قاعدتان إحداهما هل عقد المسابقة لازم كالإجارة أم جائز كالجعالة قولان أظهرهما الأول ثم قيل القولان فيما إذا أخرجا العوض جميعا أما إذا أخرجه أحدهما أو غيرهما فجائز قطعا والمذهب طرد القولين في الحالين قال الشيخ أبو محمد والأئمة القولان فيمن التزم المال فأما من لم يلتزم شيئا فجائز في حقه قطعا وقد يكون العقد جائزا من جانب لازما من جانب كالرهن والكتابة وقيل بطردهما فيمن لم يلتزم لأنه قد يقصد بمعاقدته تعلم الفروسية والرمي فيكون كالأجير والمذهب يخصصهما بالملتزم فإن قلنا بالجواز فلكل واحد ترك العمل قبل الشروع فيه وكذا بعده إن لم يكن لأحدهما فضل على الآخر وكذا إن كان على الأصح لأنه عقد جائز وعلى هذا القول تجوز الزيادة والنقص في العمل وفي المال **بالتراضي** وإذا بذل أحدهما المال لا يشرط من صاحبه القبول على الصحيح قال الإمام وأجرى الأصحاب هذين ا لوجهين في الجعالة المتعلقة بمعين بأن يقول إن أردت عبدي فلك كذا

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢١٧/٩

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢٦١/٩

وفي ضمان السبق قبل تمام العمل والرهن به الخلاف السابق في ضمان الجعل والرهن به قبل تمام العلم وقيل إن لم يصح الضمان لم يصح الرهن وإلا فوجهان لأن الضمان أوسع بابا ولذلك يجوز ضمان الدرك دون الرهن به وأما إذا قلنا باللزوم فليس لأحدهما فسخ العقد دون الآخر فإن ظهر بالعوض المعين عيب ثبت حق

". (١)

"لأنها الغالب من المناضلة وهل يشترط ذكر الأرشاق وبيان عددها في العقد فيه طريقان المذهب وبه قطع عامة الأصحاب يشترط ذلك في المحاطة والمبادرة ليكون للعمل ضبط والأرشاق في المناضلة كالميدان في المسابقة

والثاني فيه ثلاثة أوجه ذكرها الإمام وجعلها الغزالي أقوالا أحدها هذا والثاني لا يشترط لأن الرامي لا يجري على نسق واحد وقد لا يستوفي الأرشاق لحصول الفوز في خلالها كما سيأتي إن شاء الله تعالى وليكن التعويل على الإصابات والثالث يشترط في المحاطة لينفصل الأمر ويبين نهاية العقد ولا يشترط في المبادرة لتعلق الاستحقاق بالبدار إلى العدد المشروط

فرع تناضلا على رمية واحدة وشرطا المال للمصيب فيها صح على الأصح وقيل لا فقد يتفق في المرة الواحدة إصابة الأخرى دون الحاذق فلا يظهر الحذق إلا برميات ولو رمى أحد المتناضلين أكثر من النوبة المستحقة له إما باتفاقهما وإما بغيره لم تحسب الزيادة له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ ولوعقدا على عدد كثير على أن يرميا كل يوم بكرة كذا وعشية كذا جاز ولا يتفرقان كل يوم حتى يستوفيا المشروط فيه إلا لعذر كمرض وريح عاصفة ونحوه ثم يرميان على ما مضى في ذلك اليوم أو بعده ويجوز أن يشرطا الرمي جميع النهار وحينئذ يفيان به ولا يدعان إلا في وقت الطهارة والصلاة والأكل ونحوها وتقع هذه الأحوال مستثناة كما في الإجارة ولو أطلقا ولم يبينا وظيفة كل يوم فكذلك الحكم ولا يتركان الرمي إلا بالتراضي أو لعارض كمرض وريح ومطر ونحوها والحر ليس بعذر وكذا الريح

". (٢)

"متقابلين يرمي المتناضلان أو الجريان من عند أحدهما إلى الآخر ثم يأتيان الثاني ويلتقطان السهام ويرميان إلى الأول ثم نص الشافعي والأصحاب رحمهم الله أنه إذا بدأ أحدهما بالشرط أو بالقرعة أو بإخراج المال ثم انتهيا إلى الغرض الثاني بدأ الثاني في النوبة الثانية وإن كان الغرض واحدا وحينئذ فيتصل رميه في النوبة الثانية برميه في النوبة الأولى

فرع إذا قلنا يقرع للابتداء هل يدخل المحلل في القرعة إذا أخرجا المال وجهان وإذا ثبت الابتداء لواحد فرمى الآخر قبله لم يحسب له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ ويرمي ثانيا عند انتهاء النوبة إليه

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٠/٣٦١

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٠/٣٦٩

الشرط الخامس تعيين الرماة فلا يصح العقد إلا على راميين معينين أو رماة معينين وتجوز المناضلة بين حزبين فصاعدا ويكون كل حزب في الخطإ والإصابة كالشخص الواحد ومنع ابن أبي هريرة جواز الحزبين لئلا يأخذ بعضهم برمي بعض والصحيح الجواز وليكن لكل حزب زعيم يعين أصحابه فإذا تراضيا توكل عنهم في العقد ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحدا كما لا يجوز أن يتوكل واحد في طرفي البيع ولا يجوز أن يعقدا قبل تعيين الأعوان وطريق التعيين الاختيار **بالتراضي** فيختار زعيم واحدا ثم الزعيم الآخر في مقابلته واحدا ثم الأول واحدا ثم الثاني واحدا وهكذا حتى يستوعبوا ولا يجوز أن يختار واحد جميع الحزب أولا لأنه لا يؤمن أن يستوعب الحذاق ولا يجوز أن يعينا الأعوان بالقرعة لأنها قد تجمع الحذاق في جانب فيفوق مقصود المناضلة ولهذا لو قال أحد الزعيمين أنا أختار الحذاق وأعطي السبق أو الخرق وآخذ

---

(١) ".

"ولكن توقع صاحبه أن يدركه فيساويه أو يفضله أما إذا لم يتوقع الإدراك بأن شرطا إصابة خمسة من عشرين فأصاب أحدهما خمسة والآخر واحدا ولم يبق لكل واحد إلا رميتان فلصاحب الخمسة أن يجلس ويترك الباقي هذا تفريع قول اللزوم أما إذا قلنا بالجواز فتتفرع عليه مسألتان إحداهما تجوز الزيادة في عدد الأرشاق والإصابات وفي المال **بالتراضي** وفي الجميع وجه ليس بشيء وهل يستبد أحدهما بالزيادة ثلاثة أوجه أصحها نعم لجواز العقد فإن لم يرض صاحبه فليفسخ والثاني لا إذ لا بد في العقد من القبول والثالث يجوز الإلحاق للفاضل والمساوي دون المفضول لئلا يتخذ المفضول ذلك ذريعة إلى إبطال النضال ومتى يصير مفضولا وجهان أحدهما متى زاد صاحبه بإصابة واحدة وأصحهما لا تكفي إصابة وإصابتان بل لا يصير مفضولا إلا إذا قرب صاحبه من الفوز

واعلم أن الوجه المذكور في أنه لا يجوز إلحاق الزيادة والنقص **بالتراضي** والوجه الآخر في أنه ليس لأحدهما الاستبداد يطردان في المسابقة وإن لم يذكرهما هناك وفي الجعالة إذا زاد الجاعل في العمل كان متهما كالمفضول ففي زيادته الخلاف فإن لم تلحق الزيادة بها فذاك وإن ألحقناها وقد عمل العامل بعض العمل ولم يرض بالزيادة فسخ العقد قال الإمام والوجه أن تثبت له أجرة المثل لأن الترك بسبب الزيادة بخلاف ما إذا ترك في أثناء العمل بلا عذر فإنه لا يستحق شيئا

---

(٢) ".

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٠/٣٧١

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٠/٣٨٧

"كتاب القسمة قد يتولاها الشركاء بأنفسهم أو منصوب للقاضي أو لهم ويشترط في منصوب القاضي الحرية والعدالة والتكليف والذكورة والعلم بالمساحة والحساب وهل يشترط معرفته للتقويم وجهان لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية لأنه وكيل لهم كذا أطلقوه

وينبغي أن يكون في توكيل العبد في القسمة الخلاف في توكيله في البيع

ولو حكم الشركاء رجلا ليقسم بينهم فهو على القولين في التحكيم فإن جوزناه فهو كمنصوب القاضي فإن كان في سهم المصالح مال يتفرغ لمؤنة القاسمين لزم الإمام أن ينصب في كل بلد قاسما فإن لم تحصل الكفاية بواحد زاد بحسب الحاجة وإلا فلان يعين قاسما لئلا يغالي في الأجرة ولئلا يواطئه بعضهم فيحيف بل يدع الناس ليستأجروا من شاؤوا وإذا لم تكن في القسمة تقويم كفى قاسم على المذهب وقيل قولان ثانيهما يشترط اثنان وإن كان تقويم اشترط اثنان وللإمام أن ينصب قاسما لجعله حاكما في التقويم ويعتمد في التقويم عدلين وهل للقاضي أن يحكم بمعرفته في التقويم قولان كقضائه بعلمه وقيل لا يجوز قطعا لأنه تخمين مجرد ولو فوض الشركاء القسمة إلى واحد **بالتراضي** جاز قطعا

٤

". (١)

" فرع القاسم المنصوب من جهة الإمام يدر رزقه من بيت المال وبه قطع الجمهور

وقال أبو إسحق لا يدر وهذا ضعيف

وإذا لم يكف مؤنته من بيت المال فأجرته على الشركاء سواء طلب جميعهم القسمة أم بعضهم وقال ابن القطان وغيره على الطالب وحده والصحيح الأول ثم إن استأجر الشركاء قاسما وسموا له أجرة وأطلقوا فتلك الأجرة توزع على قدر الحصص على المذهب وقيل قولان ثانيهما على عدد الرؤوس ويجري الطريقان فيما لو استأجروه استئجارا فاسدا فقسم أن أجرة المثل كيف توزع وفيما لو أمروا قاسما فقسم ولم يذكروا أجرة وقلنا تجب أجرة المثل في مثل ذلك وفيما لو أمر القاضي قاسما فقسم قسم إجبار

ولو استأجروا قاسما وسمى كل واحد أجرة التزمها فله على كل واحد ما التزم هذا إذا أستأجروا جميعا بأن قالوا استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان وديناريين على فلان مثلا أو وكلوا وكيلا عقد لهم كذلك فلو استأجروا في عقود مترتبة فعقد واحد لإفراز نصيبه ثم الثاني كذلك ثم الثالث فقد جوزه القاضي حسين وأنكره الإمام وقال هذا بناء على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القاسم لإفراز نصيبه ولا سبيل إليه لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين ترددا وتقريرا ولا سبيل إليه إلا برضاهم لكن يجوز انفراد أحدهم برضى الباقين فيكون أصلا ووكيلا ولا حاجة إلى عقد الباقين وحينئذ إن فصل ما على كل واحد **بالتراضي** فذاك وإن أطلق عاد الخلاف في كيفية التوزيع

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢٠١/١١

(١) ".

"ما يقوله وعلى صاحبه البينة

وإن قال سها فعليه البينة والمذهب الأول

ولو اعترف القاسم بالغلط أو الحيف فإن صدقه الشركاء انتقضت القسمة وإلا فلا تنتقض وعليه رد الأجرة

قال البغوي وهو كما لو قال القاضي غلطت في الحكم أو تعمدت الحيف فإن صدقه المحكوم له استرد المال وإلا فلا وعلى القاضي الغرم

أما إذا جرت القسمة **بالتراضي** بأن نصبا قاسما أو اقتسما بأنفسهما ثم ادعى أحدهما غلطا فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الإجبار وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة فإن قلنا القسمة إفراز فالإفراز لا يتحقق مع التفاوت فتنقض القسمة إن قامت به بينة ويحلف الخصم إن لم تقم وإن قلنا القسمة بيع فوجهان أحدهما الجواب كذلك فإنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل وأصحهما أنه لا فائدة لهذه الدعوى ولا أجر للغلط وإن تحقق كما لا أثر للغبن في البيع والشراء وبهذا قطع الجمهور

كأنهم اقتصروا على الجواب الأصح

فصل إذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين فإن قلنا القسمة فهي صحيحة ثم تباع الأنصباء في الدين إن لم يوفوه وإن قلنا بيع فقد سبق في كتاب الرهن وجهان في صحة بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين وأنه لو تصرف ولا دين في الظاهر ثم ظهر

فالأصح صحة التصرف ففي القسمة هذان الوجهان وفإن صححنا البيع فالقسمة الجارية صحيحة فإن وفوا الدين استمرت صحتها وإلا

(٢) ".

"إبريسم وكتان فطلب أحدهما أن يقسم أجناسا وأنواعا لا يجبر الآخر وإنما يقسم كذلك **بالتراضي**

ولو اختلطت الأنواع وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء فلا قسمة إلا **بالتراضي** هذا ما قطع به الجمهور وطرد السرخسي الخلاف في الإجبار عند اختلاف النوع وزاد الإمام والغزالي فأجرياه عند اختلاف الجنس وليس بشيء والمذهب الأول

فرع إذا كان بينهما عرصة وثلثها بالمساحة نصف بالقيمة لقربه من الماء فهي قسمة تعديل وفيها الخلاف

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٢٠٢/١١

(٢) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٢٠٩/١١

وقال الغزالي يجبر عليها قطعا ولا يبالي بهذا التفاوت والمذهب الأول وهو المعروف عن الأصحاب

فرع اللبنات إن تساوت قوالبها فقسمتها قسمة المتشابهات فيجبر قطعا وإن اختلفت قوالبها فقسمة تعديل

فرع دار بين اثنين لها علو وسفل طلب أحدهما قسمتها علوا وسفلا الآخر عند الإمكان وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد والسفل لآخر لا يجبر هكذا أطلقه الأصحاب

ويجوز أن يقال إن لم يمكن القسمة سفلا وعلوا جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر من جملة قسمة التعديل ولو طلب أحدهما أن يقسم السفل ويترك

". (١)

"**بالتراضي** فبيع قطعا

وقيل القولان في الحالين قال البغوي والأصح الطريق الأول ثم القول بأنها بيع لا يمكن إطلاقه في كل ما حصل لكل منهما بل النصف الذي صار في يده كان نصفه له ونصفه لصاحبه فالقسمة إفراز فيما كان لصاحبه على هذا القول

وأما قسمة التعديل فالمذهب أنها بيع وقيل فيه القولان وقسمة الرد بيع كذا قاله الجمهور وقيل بيع فيما يقابل المردود وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل

فرع إذا قلنا القسمة بيع فاقتسما ربويا وجب التقابض في المجلس ولم تجز قسمة المكيل وزنا ولا العكس ولا يجوز قسمة الرطب والعنب وما أثرت فيه النار بتعقيد الأجزاء وإن قلنا إفراز جاز كل ذلك

وتجوز قسمة الحص والنورة كيلا ووزنا على القولين ولا تقسم الثمار على رؤوس الشجر خرصا إن قلنا القسمة بيع كما لا تباع خرصا وإن قلنا إفراز فإن كانت رطبا وعنبا جاز وإن كان غيرهما فلا لأن الخرص لا يدخل غيرهما وإن كان بينهما أرض مزروعة فأرادا قسمة الأرض وحدها جاز وإن طلبها أحدهما أجبر الآخر ويجيء على قول القسمة بيع وجه مذكور في البيع وإن أرادا قسمة الأرض وما فيها لم يجز إن اشتد الحب

أما إن جعلناها إفرازا فلأنه قسمة مجهول ومعلوم وأما إن جعلناها بيعا فلأنه بيع طعام وأرض بطعام وأرض وكذا لو كان بذرا بعد وإن كان قصيلا جاز لأنه معلوم مشاهد

وإن أرادا قسمة ما فيها وحده فكذا الحكم إن لم ينبت أو اشتد الحب لم يجز وإن كان

". (٢)

"قصيلا جاز

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢١٣/١١

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٢١٥/١١

وإن طلب أحدهما قسمة الأرض وما فيها أو قسمة ما فيها وحده وامتنع الآخر والحال حال جواز القسمة **بالتراضي** قال الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب و التهذيب لا يجبر الممتنع ولم يوجهوه بمقنع

فرع اقتسما ثم تقابلا إن قلنا القسمة بيع صحت الإقالة وعاد الشيوع وإلا فهي لاغية

فرع قسمة الملك عن الوقف إن قلنا بيع لا يجوز وإن قلنا قال الروياني وهو الاختيار

قلت هذا الذي اختاره الروياني هو المختار وهذا إذا لم يكن فيها رد أو كان رد من أصحاب الوقف فإن كان من صاحب الملك لم يجز لأنه يأخذ بإزائه جزءا من الوقف ذكره صاحب المهذب وغيره

والله أعلم

وأما قسمة الوقف بين الموقوف عليهم فلا يجوز على القولين لأن فيها تغيير شرط الواقف وقيل يجوز على قول الإفراز ليرغبوا في العمارة ولا يتواكلوا وهذا الوجه حكاه ابن كج عن ابن القطان قع وحده وخصصه بقولنا الملك في الموقوف للموقوف عليه قال فلو انقرض البطن الأول وصار الوقت للبطن الثاني انتقضت القسمة

فصل قسمة الإجبار لا يعتبر فيها **التراضي** عند إخراج القرعة ولا

". (١)

"وكذا الكسب وكأن أولهما موتا أوصى بهما لآخرهما موتا

ولو قال أحدهما إذا مت فأنت حر فإذا مات عتق نصيبه ولم يسر

فرع قال لعبده أنت حر إن شئت فإنما يعتق إذا شاء على لا يشترط الفور والصحيح الأول

ولو علق التدبير بمشيئة العبد فقال أنت مدبر إن شئت أو دبرتك إن شئت أو قال إن شئت فأنت مدبر أو فأنت حر إذا مت أو متى مت فلا يصير مدبرا إلا بالمشيئة والصحيح اشتراط الفور فيها

فلو قال متى شئت أو مهما شئت لم يشترط الفور ويصير مدبرا متى شاء

وفي الحالتين تشترط المشيئة في حياة السيد كسائر الصفات المعلق عليها إلا إذا علق صريحا بمشيئة بعد الموت فإنما يحصل العتق بمشيئة بعد الموت ولا يمنع الامتناع في الحياة من المشيئة بعد الموت

ثم ينظر في لفظ التعليق فإن قال أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت أو اقتصر على قوله إن شئت وقال أردت بعد الموت فقال الإمام والغزالي لا يشترط الفور بعد الموت ونفى الإمام الخلاف في ذلك لأنها إذا تأخرت عن الخطاب واعتبرت بعد الموت لم يكن لاشتراط اتصالهما بعد الموت معنى ولهذا لا يشترط في قبول الوصية

وفي التهذيب وغيره وجهان فيما لو قال إذا مت وشئت بعد موتي فأنت حر أن المشيئة على **التراضي** أم يشترط الفور والصورة كالصورة

ولو قال إذا مت فشئت فأنت حر ففي اشتراط اتصال المشيئة بالموت وجهان

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١١/٢١٦

الأصح

." (١)

"بالبكاء فينافي ما تقدم عن المجموع وإن أراد بشرط الاقتران به فلا يظهر التعليل الآتي فلعل الظاهر ما مر آنفا عن الحلبي من أن كلا منهما جائز في ذاته ثم رأيت سم والرشيدي أشارا إلى الاشكال المذكور فقال الاول قوله ومع ذلك المحرم الندب الخ قد يشكل الاشتراط حينئذ اه وقال الثاني قوله واشترط في المجموع الخ هذا لا يلتئم مع قوله الآتي ومع ذلك المحرم الخ إذ هو صريح في أن الندب في حد ذاته محرم سواء اقترن بالبكاء أم لا فتأمل اه.

قوله: (وهذه الامور محرمة الخ) فيه نظر بالنسبة للندب كما مر قوله: (بأن البكاء الخ) متعلق برد قوله: (مطلقا) أي مع البكاء وبدونه وفيه ما قدمناه عن سم والرشيدي قوله: (ويحرم النوح الخ) ويكره رثي الميت بذكر مآثره وفضائله للنهي عن المراثي والاولى الاستغفار له ويظهر حمل النهي عن ذلك على ما يظهر فيه تبرم أو على فعله مع الاجتماع له أو على الاكثار منه أو على ما يجدد الحزن دون ما عدا ذلك فما زال كثير من الصحابة وغيرهم من العلماء يفعلونه قالت فاطمة بنت رسول الله (ص): ماذا على من شم تربة أحمد أن لا يشم مدى الزمان غواليا صبت على مصائب لو أنها صبت على الايام عدن لياليا نهاية ومغني ويأتي ما يوافقه في الشرح قوله: (ولو من غير بكاء) إلى قوله وقيل في النهاية والمغني إلا قوله ومن ثم إلى المتن قوله: (وهو رفع الصوت بالندب) فالنوح مركب من شيئين رفع الصوت والندب فإن فقد أحدهما فلا حرمة فما يقع الآن من أن بعض الناس يقول كان عالما أو كان كريما لا حرمة فيه بل يسن لخبر اذكروا محاسن موتاكم ومن ذلك المرثية التي تفعل في العلماء شيخنا قوله: (ومن ثم كان كبيرة الخ) اعتمده شيخنا ومال ع ش إلى خلافه فقال كل من الندب والنوح صغيرة لا كبيرة كما قاله الشيخان في باب الشهادات انتهى خطيب وفي ابن حجر أن النوح والجزع كبيرة اه قوله: (كشق ثوب الخ) أي تسويد وجه وإلقاء الرماد على الرأس نهاية ومغني قال ع ش ومثله الطين بالاولى سواء منه ما يجعل على الرأس واليدين وغيرهما اه قوله: (ونشر الخ) أي وضرب يد على أخرى على وجه يدل على إظهار الجزع ع ش قوله: (وتغيير لباس) يغني عنه ما بعده ولذا أسقطه النهاية والمغني قوله: (لو ترك الخ) عبارة غيره وترك الخ بالواو قوله: (معتاد) أي للمصاب ع ش قوله: (كما قاله ابن دقيق العيد الخ) قال الامام والضابط أن كل فعل يتضمن إظهار جزع ينافي الانقياد والاستسلام لله تعالى فهو محرم نهاية ومغني قوله: (يحرم الافراط الخ) خرج غير الافراط سم.

قوله: (محمول عند الجمهور

الخ) والاصح كما قاله الشيخ أبو حامد محمول على الكافر وغيره من أصحاب الذنوب مغني ونهاية قوله: (أي مبددة الخ) أي متفرقة متعلقة بالباب والفطن يرد كل مسألة منها إلى ما يناسبه مما تقدم وإنما جمعها في موضع واحد لانه لو فرقها لاحتاج إلى أن يقول في أول كل منها قلت وفي آخرها والله أعلم فيؤدي إلى التطويل المنافي لغرضه من الاختصار

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٢/١٨٩

نهاية ومغني زاد سم فإن قلت فهلا فعل كذلك في بقية الابواب قلت لقلة الزيادات فيها بالنسبة لهذه اه.
قوله: (ندبا) إلى قوله قال الزركشي في النهاية والمغني إلا قوله وإن قال إلى فإن لم يكن وقوله بل صرح به كثير منهم وما أنبه عليه قوله: (عقب موته) أي قبل الاشتغال بغسله وغيره من أموره نهاية ومغني قوله: (لفك نفسه) أي روحه نهاية قوله: (وإن قال جمع الخ) أي لان ما قالوه ليس قطعيا فالاحتياط المبادرة مطلقا سم عبارة ع ش أفاد بهذه الغاية أنه لا فرق في حبس روحه بين من لم يخلف وفاء وغيره وبين من عصى بالاستدانة وغيره اه قوله: (عن حبسهما بدينها الخ) ومن ذلك ما أخذ بالعقود الفاسدة كالمعاطاة حيث لم يوف العاقد بدل المقبوض كأن اشترى شراء فاسدا وقبض المبيع وتلف في يده ولم يوف بدله أما ما قبض بالمعاملة الفاسدة وقبل كل من العاقدين ما وقع العقد عليه ففي الدنيا يجب على كل أن يرد ما قبضه إن كان بقايا وبدله إن كان تالفا ولا مطالبة لاحد منهما في الآخرة لحصول القبض **بالتراضي** نعم على كل منهما إثم الاقدام على." (١)

"العقد الفاسد ع ش.

قوله: (محله) أي الحبس بالدين كردي قوله: (فإن لم يكن الخ) محترز قوله إن أمكن عبارة النهاية والمغني فإن لم يتيسر حالا سأل وليه غرماءه أن يحللوه ويحتالوا به عليه نص عليه الشافعي الخ قوله: (فتبرأ ذمته الخ) هل للولي حينئذ التوفية من غير حصته من التركة أو لا لان المال لزمه بطريق التبرع فليس له الرجوع على التركة ولا التوفية من غير حصته منها فيه نظر سم ويأتي عن البصري استظهار الثاني ويؤيده قول الشارح الآتي فيلزمه وفاؤه من ماله وإن تلفت التركة ويؤيد الاول البحث الآتي وجواب النزاع فيه قوله: (بل صرح به الخ) لاحسن لهذا الاضراب قوله: (وذلك) أي البراءة بذلك نهاية ومغني قوله: (قاله) أي قوله وحينئذ فتبرأ ذمته الخ.

قوله: (قال الزركشي الخ) أقره ع ش قوله: (أن الاجنبي الخ) مقول الزركشي وغيره بصري قوله: (أسقط حقك الخ) كذا في أصله رحمه الله تعالى بصيغة الامر في الاسقاط والماضي في الابراء وكان الانسب جريانهما على منوال واحد ويمكن أن يقرأ أبرئه

على صورة الامر المؤكد بالنون فيناسب أسقط بصري أقول ورسم النسخة المصححة على أصل الشارح مرارا ظاهر في أنه بصيغة الامرين من غير تأكيد قوله: (استدعاء مال) أي التزامه قوله: (وقولهم) أي الجمع قوله: (بمجرد ذلك) أي **التراضي** قوله: (وبحث بعضهم الخ) يظهر أن محل ما ذكر بتسليمه فيما إذا انحصرت التركة في الملتزم وإلا فيتعلق بنصيبه دون نصيب من عداه من الورثة ولا يتعلق بها بالكلية حيث كان أجنبيا وقلنا أنه كالولي فيما ذكر بصري أقول قضية تعليل الباحث بأن في ذلك مصلحة الخ الاطلاق وعدم الاختصاص بصورة الانحصار المذكورة قوله: (يساعده) أي البحث وكذا ضمير ولا ينافيه.

قوله: (لان ذلك ليس قطعيا الخ) أي أو لانه مشروط بحصول الوفاء فالاحتياط بقاء التعلق بالتركة سم عبارة البصري أو يقال برأ براءة موقوفة فإن تبين الاداء تحققنا البراءة بمجرد التحمل وإن تبين عدم الاداء تحققنا البقاء والتعلق بالتركة اه

---

(١) حواشي الشرواني، ٣/١٨٠

قوله: (استجلابا) إلى قوله وفي المجموع في المغنى والنهاية قوله (وبحث الاذرعي الخ) جزم به النهاية والمغنى قوله: (وجوب المبادرة) أي بقضاء دين الميت وقوله: (عند التمكن) أي تمكن القضاء من التركة وقوله: (طلب المستحق) أي مع طلبه حقه.

قوله: (ونحو ذلك) أي كأن عصى بتأخيره بمطل أو غيره كضمان الغصب والسرقة وغيرهما نهاية وسم قوله: (وكذا في وصية نحو الفقراء الخ) أي فيجب المبادرة بتنفيذها عبارة النهاية والمغني وذلك مندوب بل واجب عند طلب الوصي له المعين وكذا عند المكنة في الوصية للفقراء ونحوهم من ذوي الحاجات أو كان قد أوصى بتعجيلها اه قال الرشيدي قوله أو كان." (١)

"أحد محجوريه للآخر اه.

قال ع ش قوله لولده محجوره الخ دخل فيه الطفل والسفيه والمجنون وهذا في الاب والجد ويتجه أن الام إذا كانت وصية كذلك كما دل عليه كلام شرح الروض في باب الحجر وقد يشمل سفيها طرأ سفهه بعد بلوغه رشيدا إذا كان القاضي إياه أو جده وهو متجه وكذا إذا كان غيرهما وأذن لهما في التصرف وهو محتمل سم على حج لكن هذه الثانية قد يخرجها قول الشارح م ر محجوره لانه محجور القاضي اه.

ع ش عبارة المغني وكالطفل المجنون وكذا السفيه إن بلغ سفيها وإلا فوليه الحاكم فلا يتولى الاب الطرفين فلو وكله الحاكم في هذه الصورة لم يتول الطرفين لانه نائب عن الحاكم فلا يزيد عليه اه.

وعبارة عميرة قضية إطلاق المصنف اشتراط الايجاب والقبول ولو في حق ولي الطفل وهو كذلك وقيل يكفي أحد اللفظين وقيل تكفي النية قال الاسنوي وهو قوي لان اللفظ إنما اعتبر ليدل على الرضا اه.

قوله: (وكذا في البيع ا لضمني الخ) ببعض الهوامش إلحاق التدبير بالعتق وفيه وقفة فإن التدبير تعليق عتق بالموت والتوكيل في التعليق لا يصح لانه ملحق باليمين اه.

ع ش قوله: (كأعتق عبدك عني الخ) بقي ما لو قال بعينه واعتقه فقال أعتقته عنك هل يصح أو لا فيه نظر والاقر ب الثاني لعدم مطابقة القبول للايجاب وهل يعتق في هذه الحالة على المالك ويلغو قوله عنك أم لا فيه نظر والاقرب الثاني اه.

ع ش قوله: (فإنه يعتق به الخ) وهل يأتي في غير العتق كتصدق بدارك عني على ألف بجامع إن كلا قربة أو يفرق بأن تشوف الشارع إلى العتق أكثر فلا يقاس غيره به كل محتمل وميل كلامهم إلى الثاني أكثر اه.

نهاية قال ع ش قوله م ر وميل كلامهم إلى الثاني الخ معتمد وسيأتي له م ر في الظهار أنه لو قال لغيره أطعم ستين مسكينا كل مسكين مدا من الحنطة عن كفارتي ونواها بقلبه ففعل أجزأه في الاصح ولا يختص بالمجلس والكسوة كالطعام قاله الخوار زمي انتهى وقد

يقال إن ذلك ليس من البيع الضمني لعدم اشتراط لفظ يدل على التمليك من مالك الطعام والكسوة سم على حج ولعدم

---

(١) حواشي الشرواني، ٣/١٨١

اشتراط رؤية ما أمره بالتصدق به بل هذا مثل ما لو أمر الاسير غيره باستنقاذه أو بعمارة داره وشرط له الرجوع بما صرف وهو قرض حكمي ومع ذلك فيه شئ اه.

ع ش.

قوله: (فلا يرد) أي البيع الضمني على المصنف لقوله وكذا في البيع الضمني الخ فلا إيراد ولا استثناء كما فعل بعضهم اه.

ع ش قول المتن (الايجاب) من أوجب بمعنى أوقع اه.

ع ش قوله: (ولو هزلا) هل الاستهزاء كالهزل فيه نظر ويتجه الفرق لان في الهزل قصد اللفظ لمعناه غير أنه ليس راضيا وليس في الاستهزاء قصد اللفظ لمعناه ويؤيده أن الاستهزاء يمنع الاعتداد بالاقرار سم على حج اه.

ع ش قوله: (وهو) أي الايجاب (صريحا) أي حال كونه صريحا اه.

ع ش قوله: (ما دل على التمليك) أي بعوض نهاية ومغني قال ع ش قوله م ر بعوض لم يذكره حج ولعله لان ذكر العوض شرط للاعتداد بالصيغة لا لصراحتها وقوله بعتك دال على التمليك دلالة ظاهرة اه.

قوله: (مما اشتهر) أي مأخذ الصراحة اه.

ع ش.

قوله: (لقوله تعالى الخ) علة لاشتراط الايجاب بل الصيغة ووجه الدلالة فيه أنه اقتصر فيها على مجرد التراضي والمراد ما يدل عليه فيشمل الهزل وغيره اه.

ع ش قوله: (فأنيط بظاهر الخ) يظهر أن أولى ما يوجه به اعتبار الصيغة أن دلالة الالفاظ منضبطة لان لها قوانين مدونة بخلاف دلالة غيرها اه.

بصري قوله: (فلا ينعقد بالمعاطاة الخ) إذ الفعل لا يدل بوضعه فالمقبوض بها كالمقبوض ببيع فاسد فيطالب كل صاحبه بما دفع إليه إن بقي وببدله إن تلف وقال الغزالي للبائع أن يتملك الثمن الذي قبضه." (١)

"في عين ماله عند فلس المشتري اه.

مغني قوله: (تملكه الخ) فاعل جاز والضمير لحق المرور قوله: (إذ لا تملك الخ) علة لقوله إنه محص منفعة والضمير المجرور لتملك حق الممر وقوله: (للحاجة الخ) علة لقوله وجاز الخ قوله: (ولذا الخ) أي للحاجة إليه الخ قوله: (أيضا) أي كلفظ البيع.

قوله: (ولا يصح) إلى قوله وإذا بيع عقار في المغني إلا قوله أو أرض وقوله ويفرق إلى وفارق وإلى المتن في النهاية إلا ما ذكر قوله: (بيع بيت) أي مسكن نهاية ومغني قوله: (بأن احتف من جميع الجوانب بملك البائع) أي ولم يتأت المرور إليه من ذلك الملك كما نبه عليه سم فيما يأتي وينبغي أن يقيد بذلك قوله الآتي أو بملك المشتري الخ حتى يظهر التعليل بقوله لعدم الانتفاع به حالا قوله: (أو كان له ممر الخ) كذا في أصله رحمه الله وقد يقال اللائق تأخيره عن قوله

---

(١) حواشي الشرواني، ٤/٢١٦

أو بملك المشتري فليتأمل اه.

بصري وقد يقال نفي البائع الممر إنما يؤثر فيما إذا كان في ملكه فقط دون ملك غيره كما هو ظاهر والتأخير يوهم خلاف ذلك.

قوله: (وإن أمكن الخ) غاية لقوله ولا يصح الخ عبارة النهاية والمغني سواء أتمكن المشتري من اتخاذ ممر له من شارع أو ملكه أم لا كما قاله الاكثرون وإن شرط البغوي عدم تمكنه من ذلك اه.

قال ع ش وطريقه في هذه أخذا مما يأتي فيمن أراد شراء ذراع من ثوب نفيس أن يحدث الممر هنا في ملك مريد الشراء أو في شارع بالتراضي منهما ثم يشتري منه بعد ذلك اه.

قوله: (وبين ما مر في الجحش الصغير) أي من أنه يصح بيعه مع عدم النفع به حالا قوله: (بأن هذا) أي بيع بيت بلا ممر وقوله: (بالامكان) أي إمكان اتخاذ الممر وإحداثه وقوله: (بخلاف ذلك) أي الجحش الصغير وفي هذا الفرق ما لا يخفى على المتأمل.

قوله: (وفارق ما ذكر أولا) وهو قوله ولا يصح بيع بيت أو أرض بلا ممر وقوله: (ما لو باع الخ) مفعول فارق قوله: (فإن له الممر الخ) عبارة النهاية والمغني ونفي الممر صح إن أمكنه اتخاذ ممر وإلا فلا لانه يغتفر في الدوام وهو دوام الملك هنا ما لا يغتفر في الابتداء اه.

قوله: (إن لم يتصل البيت الخ) أي فإن اتصل بأحدهما فلا مرور له وهل يكتفي في الاتصال بمطلق التلاصق أو يشترط النفوذ بالفعل محل تأمل اه.

بصري أقول الظاهر الثاني كما يأتي عن سم وع ش والرشيدي ما يفيده.

قوله: (فإن نفاه صح إن أمكن الخ) أي فإن نفاه في صورة ثبوت المرور له وهي حالة عدم الاتصال بملكه أو شارع ويظهر أن الموات كالشارع وذلك بأن يتصل بملك الغير أو وقف خاص أو عام كمسجد ورباط وحينئذ فالمراد بالامكان الامكان المقترن بالفعل بأن يحتف بملك ويرضى صاحب الملك ببيع حق الممر أو يكتفي بمطلق الامكان وهل يكتفي بإمكان الاستئجار لتعذر البيع كالوقف أولا ينبغي أن يراجع جميع ذلك ويحرر اه.

بصري أقول وبحمل إمكان اتخاذ الممر على إحداث منفذ إلى ملكه أو نحو شارع يندفع التوقف والتردد ولو سلم تصويره المذكور فالاقرب الاكتفاء بمطلق الامكان الشامل للاستئجار.

قوله: (وإذا بيع عقار الخ) عبارة العباب كغيره لو باع عقارا يحيط به ملكه جاز وممر المشتري من أي جهاته شاء وإن لم يقل بعته بحقوقه فإن شرطا له الممر من جهة معينة صح وتعينت أو غير معينة لم يصح إلى آخر المسألة فجعل أصل المقسم ما إذا أحاط ملك البائع به اه.

رشيدي قوله: (بجانب) أي مثلا قوله: (اشترط الخ) جواب إذا قوله: (فلو احتف بملكه الخ) أي مع تأتي المرور إليه من ذلك الملك بخلاف ما تقدم في قوله بأن احتف من جميع الجوانب بملك البائع اه.

سم قوله: (من جانب) أي أو جانبين مثلا قوله: (بطل) أي البيع قوله: (في الاخيرة) أي قوله أو أطلق اه.

ع ش قوله: (محله إن لم يلاصق الخ) قال

الشهاب سم فيه مع كون المقسم أنه احتف بملك البائع من جميع الجوانب مسامحة اه.

ويمكن أن يقال لا يلزم من احتفافه به أن يكون مستغرقا لكل جانب منه فيكون المعنى أن للبائع في كل جانب ملك وإن لم يستغرق الجانب اه.

رشيدي ولا يخفى بعده.

قوله: (إن لم يلاصق الشارع الخ) أي وله إليه ممر بالفعل وإلا." (١)

"قوله: (جزأ) أي كالسقف وقوله: (أو منزلا منزلته) أي كمفتاح الغلق بخلاف الماء فلا يدخل في مسمى الدار مثلا فلا بد من النص عليه اه رشيدي قوله: (ومثل ذلك) أي في الصحة اه ع ش قوله: (وفي كل الخ) أي أو في أحدهما حبات الخ نهاية ومغني قوله: (بحيث لا يقصد الخ) عبارة النهاية بحيث لا يقصد تمييزها لتستعمل وحدها وإن أثرت في الكيلين اه قوله: (به) أي المعدن قوله: (كبيع ذات لبن الخ) لعل محله بعد تميز اللبن عن محله واستقراره في الضرع ولو بالنسبة لاحدهما بخلاف ما لو خلا ضرع كل منهما عن اللبن حالة العقد لان كمون اللبن حينئذ في معدنه الاصلي ككمون الشيرج في السمسم في بيع سمسم بمثله ثم رأيت قول المغني والنهاية الآتي آخر الباب في بيع لبن شاة بشاة فيها لبن اه سيد عمر أقول وكذا تعليلهما الآتي ذكره آنفا يفيد ما ترجاه.

قوله: (لانه يقصد منها الخ) عبارة النهاية والمغني لان الشرع جعل اللبن في الضرع كهو في الاناء بخلاف المعدن ولان ذات اللبن المقصود منها اللبن والارض ليس المقصود منها المعدن اه قال ع ش قوله م ر المقصود منها الخ أي فأثر سواء علماه أو جهلاه اه قوله: (وإنما لم تجر في بيع فرس الخ) عموم كلام الشارح

م ر أي والمغني يخالفه اه ع ش قوله: (أي جنس المبيع) إلى قول المتن كصحاح في النهاية الا قوله وقدر إلى المتن وقوله بشرط إلى أم صفة وكذا في المغني إلا قوله فإن كان الثمن إلى المتن قوله: (أي جنس المبيع) أي المعقود عليه.

قوله: (وقدر) لعله محرف عن قيد بالياء والدال قول المتن قوله: (كمد عجوة) قال الجوهري هو تمر من أجود تمر المدينة قال الازهري والصيحاني منه سم على المنهج اه ع ش قوله: (عجوة) بعد قول المتن بمد يقرأ بالنصب إبقاء لتنوين المتن اه رشيدي قوله: (وما يقابله الخ) يعني ماء عين بالتراضي منهما باعتبار القيمة بعد العقد اه ع ش قوله: (وبقولنا الخ (متعلق باندفع وقوله: (بالتنكير) أي لربوي اه كردي.

قوله: (من بيع ذهب الخ) أي من صحة هذا البيع قوله: (فإنه الخ) توجيه للاندفاع المذكور قوله: (يعني غير الجنس) أخذه من المقابلة ومن المثال قوله: (وبشرط تمييزهما) قيد غير صحيح في الذهب والفضة إذ القاعدة جارية فيهما مع الاختلاط وإنما هو شرط في الحبوب اه رشيدي قوله: (بشرط أن تقل حبات الآخر) خلافا للنهاية والمغني عبارتهما وظاهر كلامهم الصحة هنا وإن كثرت حبات الآخر وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين إذ الفرق بين الجنس والنوع أن الحبات إذا كثرت في الجنس لم تتحقق المماثلة بخلاف النوع اه قال ع ش قوله م ر هنا أي في اختلاط أحد النوعين

---

(١) حواشي الشرواني، ٤/٢٤٠

بالآخر وقوله بعض المتأخرين منهم حج تبعا لما في المنهج وقوله م ر هنا أي في اختلاط أحد النوعين بالآخر وقوله بعض المتأخرين منهم حج تبعا لما في المنهج وقوله بخلاف النوع قد يمنع بأن اختلاف النوع في أحد الطرفين يوجب توزيع ما في الآخر عليه وهو مانع من العلم بالمماثلة اه.

قوله: (بشرط أن تقل الخ) كذا قاله بعضهم ومشى عليه شيخ الاسلام أيضا لكن مقتضى كلام الشيخين أنه يصح مطلقا وقال شيخنا الشهاب الرملي وغيره أنه الصحيح اه سم قوله: (أم صفة الخ) عطف على قوله نوعا حقيقيا أقول والحاصل أن الاختلاف حيث كان بتعدد الجنس أو النوع أو." (١)

"منها أي من الصور المستثنيات التي لا خيار فيها الحوالة فإنها وإن جعلت معاوضة ليست على قواعد المعاوضات وربما يقال إن كلام المصنف في بيع الاعيان فلا تستثنى هذه الصورة لانها بيع دين بدين اه.

قوله: (وكقسمة الرد) عطف على قول المتن كالصرف.

قوله: (بخلاف غيرها) أي قسمتي الافراز والتعديل سواء جريا بإجبار أم بتراض إذا قلنا إنها في حالة **التراضي** بيع اه.

مغني قوله: (لان الممتنع منه يجبر عليه) أي والاجبار ينافي الخيار اه.

سم عبارة ع ش يعني أنه لو امتنع أحد الشريكين من القسمة أجبر عليها في الافراز والتعديل فلا ينافي إمتناع الخيار فيما لو وقعت **بالتراضي** اه.

قول المتن (وصلح معاوضة) كأن يصالحه على دار بعبد اه.

ع ش قوله: (بخلاف صلح الحطيطة) هي الصلح من الشئ على بعضه دينا كان أو عينا اه.

ع ش.

قوله: (فيها) أي الاجارة قوله: (وعلى دم العمد الخ) عطف على قوله على المنفعة وخرج الصلح ع ن دم الخطأ وشبه العمد فيثبت فيه الخيار وصورة الصلح عليه أن يدعي زيد على عمرو دارا مثلا والحال أن عمرا استحق على زيد دية قتل الخطأ أو شبه العمد لكونه أي زيد قتل مورث عمرو فقال زيد لعمرو صالحتك من الدار التي أدعيها عليك على الدية التي تستحقها على أي تركتك الدار في نظير الدية أي سقوطها عني فالدية مأخوذة حكما اه.

بجيرمي عن الرشيدي قوله: (لانه معاوضة غير محضة) أي لانه في المعنى عفو عن القود قوله: (وقد علم من سياقه) أي حيث عبر بأنواع البيع.

وقوله: (فيها) أي في المعاوضة الغير المحضة اه.

ع ش قول المتن (ولو اشترى من يعتق عليه) فرع لو قال: بعتك هذا العبد بشرط أن تعتقه فقال: اشتريت فهل يثبت للمشتري خيار المجلس أو لا ؟ فيه نظر والاقرب الثاني لان في ثبوته له تفويتا للشرط الذي شرطه.

فرع: لو قال: إن بعتك فأنت حر ثم باعه صح وعتق عليه فورا لانه يقدر دخوله في ملك المشتري في ز من لطيف نظير ما قدمه الشارح في البيع الضمني بخلاف ما لو قال: إن إشتريتك فأنت حر فإنه لا يعتق على القائل بالشراء لانه لا

---

(١) حواشي الشرواني، ٤/٢٨٧

يملك التعليق حين الاتيان بالصيغة اه.
ع ش عبارة المغني وأقرها ع ش إذا قال لعبده مثلا إذا بعتك فأنت حر فباعه بشرط نفي خيار المجلس لم يعتق لعدم صحة البيع لانه ينافي مقتضاه بخلاف ما إذا لم يشرطه فإنه يعتق لان عتق البائع في زمن
الخيار نافذا اه.
قول المتن (للبائع) وهو مرجوح اه.
نهاية ومغني قوله: (إذ لا مانع) أي لوجود المقتضي بلا مانع نهاية ومغني قال: ع ش وهو مجلس العقد أي بخلاف ما لو اشترى من أقر بحريته يثبت الخيار للبائع ولا يثبت للمشتري لانه من جهته افتداء سم على منهج ومثله من شهد بحريته وردت شهادته اه.
قوله: (فلما تعذر الثاني) هو قوله: وأن يترتب عليه العتق فورا وقوله: (بقي الاول) أي عدم التمكن من الفسخ اه.
ع ش.
قوله: (وباللزوم يتبين عتقه) عبارة المحلي ولا يحكم بعتقه على كل قول حتى يلزم العقد فيتبين أنه عتق من حين الشراء اه.
ولا يخفى إشكال ذلك على قول إن الملك للبائع لانه إنما ينتقل الملك عنه من حين الاجازة فعتقه من حين الشراء يستلزم عتق ملك الغير حال ملكه فليتأمل سم على المنهج وقد يجاب عنه بأن ملك البائع لما كان مزلزلا وآيلا للزوم بنفسه مع تشوف الشارع للعتق نزلناه منزلة العدم ونقل عن شيخنا الحلبي ما يوافقه ثم رأيت في كلام الشارح م ر بعد قول المصنف الآتي والاصح أن العرض على البيع الخ ما يصرح به حيث قال: لان العتق الخ لكن يرد على هذا الجواب الزوائد حيث جعلوها للبائع فينافي كون ملكه مزلزلا إلا أن يقال لما كان الشارع ناظرا للعتق ما أمكن راعوه ولا يضر تبعيض الاحكام حينئذ فبالنسبة لتبين العتق يلحق باللازم وبالنسبة لملك الزوائد يستصحب الملك السابق على العقد حتى يوجد ناقل له قوي ووقع لهم تبعيض الاحكام في مسائل متعددة منها ما لو استلحق أبوه زوجته ولم يصدقه الزوج فيجوز له وطؤها ولا تنقض وضؤه اه.
ع ش قوله: (يتبين عتقه الخ) أي من حين العقد اه.
ع ش.
قوله: (وإن كان للبائع حق الحبس)." (١)

"المبيع ولو صالحه البائع بالارش أو غيره عن الرد لم يصح لانه خيار فسخ فأشبه خيار التروي في كونه غير متقوم ولم يسقط الرد لانه إنما سقط بعوض ولم يسلم إلا إن علم بطلان المصالحة فيسقط الرد لتقصيره وليس لمن له الرد إمساك المبيع وطلب الارش ولا للبائع منعه من الرد ودفع الارش اه.
مغني قوله: (لان ذلك) أي مثل الثمن أو قيمته (بدله) أي الثمن التالف المثلي أو المتقوم قوله: (ومر اعتبار الاقل) أي

(١) حواشي الشرواني، ٤/٣٣٥

فيقال بمثله هنا اه.

ع ش قوله: (فيما بين وقت العقد الخ) الاولى كما في المغني والاسني من وقت البيع ثم هذا صادق بما إذا كان الثمن المتقوم في الذمة عند العقد ثم عينه وأقبضه وفي سم بعد كلام عن شرح الروض ما نصه وقضية هذا أنه لو كان الثمن متقوما في الذمة عند العقد ثم عينه وأقبضه ثم تلف رد قيمته أقل ما كانت من العقد إلى القبض اه.

قوله: (أما لو بقي) أي الثمن كلا أو بعضا بقرينة قوله الآتي: ب بعضه أو كله وقوله: (فله) أي للمشتري (الرجوع في عينه) أي وله العدول **بالتراضي** إلى بدله على ما يفيده التعبير بله الخ اه.

ع ش قوله: (رجع) أي المشتري قوله: (ببعضه أو كله) أي الثمن قوله: (إن وجده ناقص الخ) قال في شرح العباب: وفارق ما يأتي من أن نقص المبيع أدنى نقص يبطل رد المشتري بعيب قديم لكونه من ضمانه بأنه ثم اختار الرد والبائع هنا لم يختره ومن ثم لو اختار رد الثمن المعين بالعيب انعكس الحكم فيضمن نقص الصفة ولم يضمن المشتري نقص صفة المبيع انتهى وقوله: فيضمن الصفة نقص قضية إطلاقه أن له حينئذ الرد قهرا وقياس البيع خلافه سم على حج اه. ع ش.

قوله: (كأن حدث به) أي بالثمن قوله: (كما أنه يأخذه) أي المشتري الثمن.

قوله: (نقصه) أي وصف الثمن قوله: (بجناية أجنبي) أي غير البائع والمشتري قوله: (أي يضمن) احتراز عن نحو الحربي

قوله: (استحق الارش) أي على البائع وهو له الرجوع على ا لاجنبي اه.

ع ش قوله: (ثم فسخ) أي فسخ المشتري العقد قوله: (رجع عليه ببدله) أي رجع المشتري على البائع ببدل الثمن والفرق بينه وبين الابراء أن البائع دخل في يده شئ من جهة المشتري ثم وهبه له بخلافه في الابراء فإن البائع لم يدخل في يده شئ من جهة المشتري حتى يرده أو بدله له اه.

ع ش قوله: (بخلاف ما لو أبرأه منه) أي فلا يرجع بشئ ولو أبرأه من بعضه فالمتجه أنه لا يرجع بقسط ما أبرأ منه ويرجع بقسط الباقي اه.

سم قوله: (ولو أداه) أي الثمن وكذا ضمير رجع.

قوله: (للمؤدي) خلافا للنهاية عبارة سم الذي في الروض هنا أنه يرجع للمشتري واعتمده شيخنا الشهاب الرملي اه.

قوله: (في المبيع) إلى قول المتن: فليبادر في النهاية قوله: (ملكه عنه) أي أو عن بعضه اه.

نهاية قوله: (أو بعد نحو رهنه) أي عند غير البائع اه.

نهاية وقال ع ش مفهومه أن له الارش إذا كان عند البائع والظاهر أنه غير مراد وإنما ا لمراد أنه يفسخ العقد ويسترد الثمن اه.

عبارة الرشيدي التقييد بغير البائع إنما تظهر ثمرته في قول المصنف بعد فإن عاد الملك فله الرد إذ مفهومه أنه إذا لم يعد الملك أي أو نحوه كإنفكاك الرهن ليس له الرد فكأنه يقول: محل هذا إذا كان الرهن عند غير البائع وكذا في قوله: أو

إجارته ولم يرض البائع فلا أثر لهما بالنسبة لنفي الارش إذ لا أرش سواء أكان الرهن عند غير البائع وهو ظاهر أو عند البائع لانه متمكن من الرد في الحال وسواء رضي البائع بالمؤجر مسلوب." (١)

"فإن قيل إن أخذ أرش القديم بالتراجع ممتنع أجيب بأنه عند إمكان الرد يتخيل أن الارش في مقابلة سلطنة الرد وهي لا تقابل أي بعوض بخلافه عند عدم إمكانه فإن المقابلة تكون عما فات من وصف السلامة في المبيع نهاية ومغني وأسنى قول المتن (فليضم المشتري الخ) أي أو قنع بالمبيع بلا أرش عن القديم وإنما سكت عنه لظهوره مع علمه مما قدمه آنفا قوله: (فعل الاحظ) أنظر لو كانا وليين أو وكيلين واختلف الاحظ اه.

سم أقول: والاقرب إدخاله في قول المصنف الآتي وإلا الخ بأن يراد بذلك ما يشمل نفي الاتفاق شرعا.

قوله: (لو اطلع) أي المشتري قوله: (يتعين فيه الفسخ) أي أو الرضا به بلا طلب أرش للقديم كما هو ظاهر وفي شرح الروض عن ابن يونس ومحل ما ذكر إذا كان العيب بغير غش وإلا فقد بان فساد البيع لاشتماله على ربا الفضل اه.

فهلا قال: أو على قاعدة مد عجوة إن كان للغش قيمة اه.

سم.

قوله: (لانه) أي الارش قوله: (لما نقص) اللام للتعليل اه.

ع ش أي والجار والمجرور خبران قوله: (فلا يؤدي) أي الفسخ مع أرش الحادث قوله: (بخلاف إمساكه الخ) أي فإنه يؤدي للمفاضلة قوله: (ومر ما لو تعذر رده) أي في شرح ولو هلك المبيع الخ اه.

سم وهو أنه يفسخ العقد ويرد بدل التالف ويسترد الثمن اه.

ع ش قوله: (لتلفه) أي المبيع حسا أو شرعا.

قوله: (رده) ظاهره وإن طالت المدة جدا سم على حج وظاهره وإن كان زواله بفعل المشتري كإزالته بنحو دواء ولا شئ له في مقابلة الدواء اه.

ع ش قوله: (بخلاف مجرد التراضي) أي على أخذ المشتري أرش القديم ولم يأخذه ولم يقض القاضي به للمشتري فله الفسخ مغني وع ش قول المتن (فالاصح إجابة طلب الامساك) ظاهره وإن كان الآخر متصرفا عن غيره بنحو ولاية وكانت المصحلة في الرد فليراجع سم على حج وينبغي أن يقال إن كانت المصحلة في الرد وطلب الولي الامساك لم يجز لما مر أن الولي إنما يتصرف بالمصحلة وإن طلبه غير الولي كالبائع لولي الطفل أجيب لان البائع لا تلزمه رعاية مصلحة الطفل ووليه الآن غير متمكن من الرد اه.

ع ش.

قوله: (نعم لو صبغ الخ) أي والصورة أنه ليس هناك عيب حادث وإن أوهمه الاستدراك بنعم اه.

رشيدي قوله: (لو صبغ الخ) أي المشتري وينبغي أن مثل الصبغ غيره من كل ما تزيد به القيمة اه.

ع ش قوله: (بما زاد في قيمته) فإن نقص قيمته لم يتأت قوله الآتي: لم يغرم شيئا اه.

---

(١) حواشي الشرواني، ٤/٣٦٦

سم قوله: (فطلب الخ) أي المشتري أرش العيب القديم.

قوله: (بل رده) بصيغة الامر قوله: (وأغرم لك قيمة الصبغ الخ) محله كما في أصل الروضة حيث لم يكن تافها وإلا فليس للمشتري مطالبته بقيمته لتفاهته اه.

سيد عمر قوله: (إن لم يمكن فصله جميعه) أي بغير نقص." (١)

"قد يستشكل امتناع أخذ الارش برضا البائع ولا إشكال لانه أخذ بغير حق لانه أخذه عن العيب مع سقوط حقه منه وقد تقدم عن شرح الروض امتناع الاخذ **بالتراضي** اه.

سم قوله: (لامكانها) أي الاقالة هنا يعني فيما إذا تراضيا على الرد من غير أرش (بخلافها فيما نحن فيه) يعني من الرد بالارش اه.

بصري عبارة سم كان مراده منع أن يكون ما نحن فيه مع الارش إقالة اه.

قوله: (لانها) أي الاقالة اه.

بصري عبارة الكردي قوله: لامكانها متعلق بفلا ينافي والضمير يرجع إلى الاقالة وهنا إشارة إلى جواز الرد **بالتراضي** وقوله: فيما نحن فيه أراد به قوله: فلا رد له به وقوله: هنا بخلافه إشارة إلى قوله: فيما نحن فيه اه.

قوله: (وهنا بخلافه) أي لزيادة الارش على المعقود عليه الاول قوله: (مورد العقد) أي الاول قول المتن (لا يعرف القديم إلا به) لو ظهر تغير لحم الحيوان بعد ذبحه فإن أمكن معرفة تغيره بدون ذبحه كما في ا لجلالة امتنع الرد بعد ذبحه وإن تعين ذبحه طريقا لمعرفة تغيره فله الرد هذا حاصل ما أفتى به شيخنا الشهاب الرملي سم على حج أقول: قول الشهاب: فله الرد أي ولا أرش عليه في مقابلة الذبح كما هو ظاهر لان الفرض أن تغير اللحم لا يعرف إلا بالذبح اه.

ع ش قوله: (لنحو نعام) إلى قوله وبحث في المغني إلا قوله وزعم إلى المتن فوافق وإلى قوله ويظهر في النهاية إلا قوله أي بالنظر إلى المتن وقوله والتدويد إلى ولو اشترى.

قوله: (لنحو نعام) أي مما قشره متقوم وقوله: (لان قشره الخ) علة لقوله لنحو نعام قوله: (بكسر النون) وبفتحها اه.

عميرة قوله: (وذكر ثقب) عطف على قوله: عدم عطفه قوله: (قبله) أي قبل رانج قوله: (بالكسر) أي فقط ليطابق المتن

قوله: (غير صحيح) ولو سلم كان من باب علفتها تبنا وماء باردا اه.

سم قوله: (فيحمل) أي كلام المتن (على الاول) أي ما يمكن معرفته بالكسر فقط قوله: (بكسر الباء) ويقال فيه أيضا طبيخ بتقديم الطاء اه.

مغني.

قوله: (بكسر الواو) من دود الطعام ففعله لازم انتهى مختار اه.

ع ش قوله: (أما بيض نحو دجاج الخ) محترز قوله: لنحو نعام قوله: (فإنه يوجب) أي تبين كون ما ذكر مذرا أو مدودا عبارة المغني أما ما لا قيمة له كالبيض المذر والبطيخ المدود كله أو المعفن فيتبين فيه فساد البيع لوروده على غير متقوم

---

(١) حواشي الشرواني، ٣٧٨/٤

اه.

وهي واضحة قوله: (وإلا لزمه) أي المشتري قوله: (إلى محل العقد) قضية ما مر للشارح أن محل القبض لو كان غير محل العقد كان هو المعتبر اه.

قوله: (أي بالنظر للواقع الخ) فلو اختلفا في أن ما ذكر لا يمكن معرفة القديم بدونه رجع فيه لاهل الخبرة ولو فقدوا أو اختلفوا صدق المشتري لتحقق العيب القديم والشك في مسقط الرد اه.

ع ش قوله: (أو لا) أي أم لم يعذر اه.

ع ش قوله: (فيمتنع رده) وإذا امتنع الرد رجع بأرش القديم سم على حج اه.

ع ش قوله: (لعدم الحاجة إلي ه) أي إلى ما أحدثه قوله: (كتقوير البطيخ) أي أخذ شئ من وسطه على الاستدارة قوله: (على عيبه) بغرز شئ فيه أي ما ذكر من البطيخ والرانج قوله: (وكتقوير كبير) ومثله كسر القثاء والعجور المرين لانه يمكن معرفة مرارتهما بدون كسر اه.

بجيرمي قوله: (ولو شرطت) إلى قوله لانها مقصودة في المغني قوله: (وعند الاطلاق) أي عند إطلاق الرمان حين بيعه قوله: (فكسر واحدة) أي ولا فرق بين كونها كبيرة أو صغيرة.

مسألة:." (١)

"لا اختياريا وبأن الملك والرد حصل قبل الانفصال ولا تفريق حسي حينئذ ولا يضر حصوله بعد للضرورة وفي الروض وشرحه ما حاصله أن الحمل الحادث بعد العقد وقبل القبض للمشتري ثم إن انفصل امتنع التفريق وتعين الارش على الاصح وإن لم ينفصل جاز بخلاف الحادث بعد القبض فحدوثه حينئذ يمنع الرد قهرا في الامة مطلقا وفي غيرها إن نقصت أي وأما **بالتراضي** فيجوز أي ما لم ينفصل حمل الامة وإلا امتنع التفريق أخذا مما تقدم اه.

سم.

قوله: (بخلاف نظيره في الفلس) أي فيما لو اشترى عينا ثم حجر عليه قبل دفع ثمنها وقد حملت في يده فإذا رجع البائع فيها تبعها الحمل اه ع ش قوله: (قال الماوردي الخ) ولا يحرم التفريق بعد الوضع الحاصل عند البائع بعد الرد لانه لم يحصل بالرد وإنما هو طارئ عليه وهذا كالصريح في أنه له ذلك أي حبس الام بعد الفسخ ومعلوم أن مؤنتها على البائع اه.

ع ش قوله: (وللمشتري حبس الام حتى تضع ه) والمؤنة على البائع وإذا لم يحبسها وولدت وجب على البائع رده إليه ولو في ولد الامة قبل التمييز لاختلاف المالكين فإن لم يقع الرد قبل الولادة امتنع وله الارش عبارة الحلبي قوله: يأخذه إذا انفصل أي ولو قبل الاستغناء عنها وليس هذا من التفريق المحرم لان الفرض أن الفسخ وقع قبل الوضع ففي وقت أخذ الولد لم يحصل تفريق لاختلاف مالكيهما وقبل الانفصال لا تفريق إذ هو إنما يكون بين الام وفرعها لا بينها وبين

---

(١) حواشي الشرواني، ٣٨٠/٤

حملها انتهت اه بجيرمي.

قوله: (إن نقصت به) لم يقيد به في الامة لان من شأن الحمل فيها أن يؤدي إلى ضعف الام ولانه يؤدي إلى الطلق وهو ملحق بالامراض المخوفة اه.

ع ش.

قوله: (كالحمل) أي فيكون للمشتري في غير مسألة الفلس حيث رد قبل انفصاله اه.

ع ش أي وبالاولى هنا ارد بعد انفصاله قوله: (ما لو كانت بعد الخ) أي وقت الرد كالشراء اه.

ع ش قوله: (يردها) أي مع حملها قوله: (في يده) أي ال مشتري وقوله: (كان الطلع للمشتري) أي وإن لم يتأبر اه.

ع ش قوله: (على الاوجه) معتمد اه.

ع ش قول المتن (ووطئ الثيب) أي ولو في الدبر ومثل وطئ الثيب وطئ البكر في دبرها فلا يمنع الرد شرح العباب لحج اه.

ع ش قال النهاية والمغني: ووطئ الغوراء مع بقاء بكارتها كالثيب اه.

أي فلا يمنع الرد ما لم تمكنه ظانة أنه أجنبي ع ش قوله: (كالاستخدام) أي قياسا عليه.

قوله: (منع) أي من الرد قول المتن (وافتضاض البكر) مبتدأ خبره قوله: نقص اه.

نهاية قوله: (ولو بوثبة) أي ونحوها اه.

نهاية ومنه الحيض ع ش.

قوله: (لسبب متقدم الخ) كالزواج ومنه أيضا ما لو أزالت جارية عمرو بكارة جارية زيد فجاء زيد وأزال." (١)

"إلى ترك السقي المستحق وإن تعيبت به أي العطش ولو بعد القبض مع إمكان السقي تخير المشتري وإن قلنا الجائحة من ضمانه لاستناد العيب إلى ترك السقي المستحق اه.

قوله: (ومن ثم) أي من أجل أن المستند إلى السابق على القبض كالسابق عليه قوله: (لو تلف) أي كلا أو بعضا وقوله: (انفسخ العقد) أي في الكل أو البعض قوله: (لو تلف به) أي بترك البائع السقي اه.

رشيدي قوله: (كما تقرر) أي بقوله أما إذا عرض الخ

قول المتن (ولو بيع) أي نحو ثمر وقوله: (حتى هلك) أي بجائح نهاية قال سم أي بعد التخلية اه.

وقال ع ش أي ولا فرق بين كونه قبل التخلية أو بعدها اه.

أي كما يفيده التعليل الآتي قوله: (وقطع بعض الخ) كذا في النهاية وقال الرشيدي هو م ر تابع في هذا للتحفة ولكن الذي في قوت الاذرعي ما نصه ولا وجه للخلاف إذا طالبه البائع بالقطع وأخر عنادا ولا سيما إذا ألزمه الحاكم به انتهى اه.

قوله: (قال الاذرع ي الخ) خبر قوله وقطع بعض الخ وضمير له راجع إليه قوله: (بعد بدو الصلاح) أي وأما قبله فقد مر

---

(١) حواشي الشرواني، ٣٨٧/٤

أنه لا يصح إلا بشرط القطع مطلقا قوله: (يندر اختلاطه) أي الغالب فيه عدم الاختلاط قول المتن: (يغلب تلاحقه) أي يقينا أخذا من قوله قبل أو يجهل الخ اه.

ع ش وفي هذا الاخذ نظر ظاهر بل المأخوذ منه الظن لا اليقين قوله: (كتين وقثاء وبطيخ) هذه أمثلة للثمرة ومثاله للزرع بيع البرسيم ونحوه فلا يصح إلا بشرط القطع لانه مما يغلب فيه التلاحق بزيادة طوله واشتباه المبيع بغيره وطريق شرائه للرعي أن يشتري بشرط القلع ثم يستأجر الارض مدة يتأتى فيها رعيه وفي هذه تكون الربة للمشتري، أما إن اشتراه بشرط القطع وأخر **بالتراضي** أو دونه فالزيادة للبائع حتى السنابل فإن بلغ البرسيم إلى حالة لا يغلب فيها زيادة واختلاط صح بيعه مطلقا وبشرط القطع والابقاء حتى يستوفيه بالرعي أو نحوه اه.

ع ش قول المتن (لم يصح) أي لانتفاء القدرة على التسليم نهاية وشرح المنهج قوله: (عند خوف الخ) متعلق بالقطع قوله: (فإن لم يتفق قطع) أي قطع ما يغلب تلاحقه أو اختلاطه **بالتراضي** أو دونه قوله: (فكما في قوله الخ) أي فحكمه كالحكم المذكور في قوله الخ قول المتن (ولو حصل الاختلاط) أي قبل التخلية أو بعدها لكن يتخير المشتري قبل التخلية كما يتخير بالاباق قبلها لا بعدها لانتهاء الامر بها اه.

إبعاب قوله: (بالطريق الآتي) أي آنفا في السوادة قوله: (في بعض كتبه) وهو شرح الوسيط اه.

سيد عمر قوله: (ومنه) أي من التعليل قوله: (السابق) أي في باب العيوب اه.

كردي قوله: (ويتوقف الخ) عطف على التراخي قوله: (بفتح الميم) إلى قوله نعم في النهاية إلا قوله ورجحه السبكي ويجزئ قوله: (بهبة) واغتفرت الجهالة بالموهوب للحاجة كما قيل بنظيره في اختلاط حمام البرجين ع ش وسيد عمر وبجيرمي قوله: (ويملك به) أي يملك المشتري بسبب الاع راض ما أعرض عنه المشتري اه.

كردي زاد الحلبي من غير صيغة فليس له الرجوع فيه اه.

قوله: (أيضا) أي كالهبة قوله: (هنا) أي في مسألة الاختلاط زاد النهاية كما في الاعراض عن السنابل اه.

قوله: (بخلافه عن النعل) أي لو أعرض البائع عن النعل التي لا تدخل في البيع
لم يملكها المشتري اهه.

كردي قوله: (لتوقع عودها الخ) حاصله أن الاختلاط هنا لما كان مانعا من توقع عوده حسا إلى يد البائع ضعف معه الملك فزال بالاعراض وأن النعل لما توقع عودها حسا إلى يد البائع لم يزل الملك عنه بمجرد الاعراض اه.

سيد عمر قوله: (للبائع) عبارة النهاية إلى المشتري قال ع ش عبارة حج للبائع وتصور بما إذا بيعت الدابة منعولة بنعل ذهب أو فضة وما في الشارح م ر بما إذا نعلها المشتري بنعل غيرهما ثم ردها بعيب قديم فلا مخالفة اه.

قوله: (وإن طالت المدة) أي مدة الاعراض عن النعل اه.

كردي قول المتن (سقط خياره) وينبغي أ ن مثل ذلك ما لو وقع الفسخ والمسامحة معا فيسقط خياره رعاية لبقاء العقد سيما وقد رجح كثير من الاصحاب أنه يخير البائع أولا اه.

ع ش قوله: (للمنة) أي من جهة البائع على المشتري اه.

ع ش قوله:." (١)

"بالباء الخ قوله: (ولا أعرضا عن الخصومة) عبارة النهاية والمغني واستمر النزاع قوله: (أقر العقد) جواب وإن تراضيا قوله: (ولو رضي أحدهما الخ) أي وبقي الآخر على النزاع اه.

بجيرمي قوله: (أجبر الآخر) فإن قلت كيف يجبر عليه مع أنه مدعاه ومطلوبه أجيب بأن معنى إجباره إجباره على بقاء العقد فليس له الفسخ حينئذ اه.

بجيرمي قال ع ش هذا يشعر بأنه لو بادر أحدهما للفسخ عقب التحالف لم ينفسخ وفي كلام حج أن الاستمرار ليس بشرط وظاهره أنه إذا بادر أحدهما وفسخ انفسخ اه.

وقوله وفي كلام حج الخ يعني به ما يأتي في التنبيه قوله: (فسخ القاضي والصادق منهما الخ) أي وفسخهما معا اه.

مغني قوله: (وغيره) يعني فسخ غير الصادق منهما قوله: (ينفذ ظاهرا فقط) أي لا باطنا لترتبه على أصل كاذب وطريق الصادق إنشاء الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه فإن أنشأه أيضا فذاك وإلا فقد ظفر بمال من ظلمه فيتملكه إن كان من جنس حقه وإلا فيبيعه ويستوفي حقه من ثمنه وللمشتري وطئ الجارية حال النزاع وقبل التحالف على الاصح لبقاء ملكه وفي جوازه فيما بعده وجهان أوجههما كما قال شيخنا جوازه اه.

مغني وقوله وللمشتري الخ في النهاية مثله وظاهر أن جواز الوطئ إنما هو إذا لم يتعمد الكذب واعتقد أنها المشتراة قوله: (أنه لا يجب هنا فور) اعتمده المغني والنهاية أيضا قوله: (للاختلاف في وجود المقتضى) أي مقتضى الفسخ فإن الاختلاف فيه يكون سببا للتأخير اه.

كردي.

قوله: (ونازع الاسنوي الخ) عبارة النهاية ومنازعة الاسنوي في قياس ما تقرر على الاقالة الذي الخ مردودة بأن الخ قال ع ش قوله م ر ما تقرر أي من أن لكل الفسخ بعد التحالف اه.

قال الرشيدي حاصل منازعته أن القياس الاقالة أنه لا يصح الفسخ من أحدهما دون الآخر وأنه لا بد من فسخهما معا اه.

قوله: (في القياس على الاقالة) أي بالنسبة لجواز استقلال أحدهما بالفسخ كما يعلم من جوابه اه.

رشيدي قوله: (لم ينفسخ) أي والحال أنه لا خيار ولا عيب اه.

سم.

قوله: (بإيجاب) أي خاص بالاقالة اه.

كردي قوله: (جوابا

متصلا) أي بالايجاب بأن لا يتخلل بينهما كلام أجنبي وسكوت طويل على ما مر اه.

---

(١) حواشي الشرواني، ٤/٤٦٩

ع ش قوله: (بأن تمكين كل) أي هنا ع ش قوله: (من الفسخ) متعلق بالتمكين قوله: (كتراضيهما) زاد النهاية أي بلفظ الاقالة اه.

قال الرشيدي قوله أي بلفظ الاقالة أشار به إلى رد ما ذهب إليه الشهاب بن حجر تبعا لما نقله الشيخان في بعض المواضع من أن لهما **التراضي** على الفسخ من غير سبب اه.

قوله: (وقد مر أنه) أي تراضيهما بالفسخ من غير سبب قوله: (لم ينفذ الخ) هذا ظاهر النهاية والمغني كما مر قوله: (إصرارهما) مفعول الاشتراط وقوله: (على تنازعهما) متعلق بالاصرار قوله: (ويؤيده) أي النفوذ وكذا قوله وهو متجه وقوله وعليه وقوله لا ينافي هذا قوله: (ولكل الابتداء به) وفاقا للنهاية قوله: (وكأنه أخذ نزاعه الخ) إن كان النزاع في الندب اتجه أن يكون مأخذه ما مر لما مر أن الخلاف ثم في الندب اه.

سيد عمر قوله: (ويفرق) أي بين الابتداء بالحلف والابتداء بالفسخ قوله: (فاختلف الغرض الخ) محل تأمل قوله: (فسخه) أي الحاكم قوله: (فالحصر) أي بإنما وقوله: (فيه) أي الحصر خبر مقدم لقوله تجوز قوله: (وكأنهم اقتصروا في الكتابة الخ) لكن صريح كلام الشارح م ر في باب الكتابة أنها كغيرها من أن الفاسخ الحاكم أو هما أو أحدهما ع ش وحلبي قوله: (ثم بعد الفسخ) إلى قوله إذ الفسخ في النهاية وقول الماوردي إلى ولو تلف قوله: (ثم بعد الفسخ الخ) لو تقارا بعد." (١)

"عمدا على الرقيق المرهون المكافئ له بغير حق فأتلفه، قوله: (المالك) إلى قول المتن: ولا يسري في النهاية والمغني.

قوله: (أما إذا وجب) أي القصاص قوله: (في طرفه) أي أو نحوه نهاية ومغني قوله: (فهو) أي الراهن قوله: (وله العفو مجانا) قد يغني عنه قوله سابقا وعفي بلا مال، قوله: (ولا يجبر الخ) عبارة النهاية والمغني ولو أعرض الراهن عن القصاص والعفو بأن سكت عنهما لم يجبر على أحدهما اه.

قوله: (أو بجناية الخ) أي أو بعدم انضباط الجناية كالجائفة وكسر العظام اه ع ش.

قول المتن: (لم يصح عفوه عنه) قال الروض: ولا التصرف إلا بإذن المرتهن قال في شرحه: فلو صالح عنه على غير جنسه لم يصح إلا بإذن المرتهن فيصح ويكون المأخوذ مرهونا، انتهى اه سم.

قول المتن: (لم يصح عفوه الخ) أي وصار المال مرهونا وإن لم يقبض كما مر نهاية ومغني، قوله: (أسقطه منها) أي حقه من الوثيقة قوله: (وبيض) أي ولبن وصوف ومهر جارية مغني ونهاية عبارة سم قال في الروض وشرحه: وما يحدث من سعف وإن لم يجف ومن ليف وكرب بفتح الكاف والراء وهو أصل السعف غير مرهون كالثمرة وفيما كان ظاهرا حال العقد خلاف ففي التتمة مرهون، وفي الشامل وتعليقة القاضي أبي الطيب لا وهو الاوجه كالصوف بظهر الغنم كما مر وصاحب التتمة مشى على طريقته في الصوف من أنه يدخل في رهن الغنم، انتهى اه.

قوله: (بخلاف المتصلة) وقد أفتى بعض أهل اليمن فيما لو رهنه بيضة فتفرخت بأنه لا يزول الرهن على المشهور أخذا

---

(١) حواشي الشرواني، ٤/٤٧٩

من مسألة التفليس ولا يبعد إجراء وجه فيه هنا ورجحه طائفة من الاصحاب وأفتى الناشري فيمن رهن بذرا وأقبضه ثم استأذن الراهن المرتهن في التلاؤم به أي النفع به فأذن له المرتهن ببقاء الرهن حتى يبقى الزرع وما تولد منه مرهونا أخذا من الفلس في البذر اه.

قال ع ش: قوله بأنه لا يزول هو المعتمد وقوله: ثم استأذن الخ لعل التقييد به لانه صورة الواقعة التي وقع الافتاء فيها أي فليس بقيد، وقوله: حتى تعليلية وقوله: مرهونا فيباع ويوفى منه الدين وإن زادت قيمة الزرع على قيمة الحب اه.

قوله: (أو مست الخ) عطف على حل الاجل قوله: (كذلك) وكما تباع حاملا في الدين تباع كذلك لنحو جناية كما شمل ذلك عبارة المحرر نهاية ومغني.

قوله: (أما معلوم) وهو الاصح نهاية ومغني قوله: (لما ذكر) عبارة النهاية والمغني: بناء على أن الحمل يعلم فهو رهن اه.

قول المتن: (عند البيع) أي عند إرادته ولو اختلف الراهن والمرتهن في الحمل وعدمه فينبغي تصديق الراهن لان الاصل عدم الحمل عند الرهن فيكون زيادة منفصلة اه ع ش.

قوله: (ولا تباع الخ) أي على الاظهر إذا تعلق به حق ثالث بنحو وصية كما يأتي، قوله: (والتوزيع) عطف على الاستثناء،

قوله: (نعم الخ) استدراك على قوله: ولا تباع الخ.

قوله: (ولو سأل الخ) أي ببناء الفاعل أي من المرتهن أو القاضي اه ع ش.

قوله: (وتسليم الثمن) أي للوفاء لا ليكون رهنا مكانه ولو أراده لم يكف مجرد **التراضي** بل لا بد من عقد فيما يظهر اه سم.

قوله: (ومن هذا) أي النص.

قوله: (من التعذر) يسبق إلى الفهم منه التعذر المذكور بقوله: لتعذر." (١)

"(ولا يؤثر في ذلك) أي في صحة الابراء والصلح عبارة النهاية والمغني: وهل يعود الدين إذا امتنع المبرأ من أداء الباقي أو لا، وجهان أصحهما عدم العود اه.

قال ع ش: قوله من أداء الباقي أي حالا أو مآلا اه.

قول المتن: (ويصح) أي الصلح من دين على بعضه وكذا ما يأتي في المتن والشرح.

قوله: (كالاسقاط الخ) أي والهبة والترك والاحلال والتحليل والعفو ولا يشترط حينئذ القبول على المذهب نهاية ومغني.

قوله: (وأبرأتك من باقيه) ولا يشترط في ذلك القبول فإن أسقط وأبرأتك فهو من محل الخلاف الآتي اه سم.

قوله: (وحده) احتراز عن اجتماع لفظه مع لفظ الابراء مثلا كما مر قوله: (هنا) في حالة الاقتصار على لفظ الصلح كالمثال المذكور قوله: (ولا يصح الخ) يؤخذ من قوله كغيره نظير ما مر الخ أنه لو نواه به أي الابراء بلفظ البيع صح بناء على ما مر والله أعلم اه سيد عمر.

قوله: (وهذا الخ) عبارة النهاية والمغني: وقد علم مما قررناه انقسام الصلح إلى ستة أقسام بيع وإجارة وعارية وهبة وسلم

---

(١) حواشي الشرواني، ٩٥/٥

وإبراء ويزاد على ذلك أن يكون خلعا كصالحتك من كذا على أن تطلقني طلقة ومعاوضة من دم العمد كصالحتك من كذا على ما تستحقه على من قصاص وجعالة كصالحتك من كذا على رد عبدي وفداء، كقوله لحربي: صالحتك من كذا على إطلاق هذا الاسير وفسخا كأن صالح من المسلم فيه على رأس المال اه.

قال ع ش: والقياس صحة كونه حوالة أيضا بأن يقول المدعى عليه للمدعي صالحتك من العين التي تدعيها علي على كذا حوالة على زيد مثلا اه.

قوله: (وخرج بقوله على بعضه الخ) إذ المتبادر منه عدم تعيين المصالح به اه ع ش قوله: (فإنه في الحقيقة) أي الصلح من الالف على بعضه (استيفاء للبعض الخ) أي فلا فرق بين المعين وغيره نهاية.

ومغني قوله: (كذلك) أي جنسا وقدرا وصفة قوله: (لغى الصلح) والصحة والتكسير كالحلول والتأجيل نهاية ومغني قوله: (لانهما) أ ي إلحاق الاجل وإسقاطه قوله: (وعد من الدائن الخ) نشر على ترتيب اللف قوله: (وسقط الاجل) لصدور الايفاء والاستيفاء من أهلهما نهاية ومغني قوله: (بخلاف ما إذا جهل الخ) أي فساد الصلح وأدى على ظن صحته وجوب التعجيل فلا يسقط الاجل واسترد ما عجله مغني ونهاية قوله: (فيسترد الخ) وفي سم على منهج قال م ر: وينشأ من هذا مسألة تعم بها البلوى وهي ما لو وقع بينهما معاملة ثم صدر بينهما تصادق مبني على تلك المعاملة بأن كلا منهما لا يستحق على الآخر شيئا مع ظنهما صحة المعاملة ثم بان فسادها تبين فساد التصادق وإن كان عند الحاكم انتهى.

ولو أراد بعد ذلك أن يجعله من الدين من غير استرداد فهل يصح أم لا بد من رده وإعادته يتأمل ذلك اه.

أقول: والظاهر الاول لانه بالتراضي كأنه ملكه تلك الدراهم بما له عليه من الدين فأشبه ما لو باع العين المغصوبة للغاصب بما له عليه من الدين اه ع ش.

قوله: (لانه) أ ي الصلح المذكور قوله: (فيما ذكر) أي من قول المصنف: ولو صالح من حال إلى هنا.

قوله: (وقضية ما تقرر) أي من أنه لو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة الخ، وقوله: (فيه) أي في التفصيل المفرق بين الصلح من المؤجل على الحال وعكسه اه ع ش.

أقول: الاقرب أن المراد مما تقرر تعليل الشارح لالغاء بقوله: لانه إنما ترك الخ وأن مرجع ضمير فيه الالغاء قوله: (وهو يدل) إلى قوله: الظاهر مقوله قول الجواهر قوله: (فرض ذلك) أي قولهم: ولو عكس لغا قوله: (عروض) أي غير ربوية قوله: (إذا قبض في المجلس) انظر وجهه اه سم، أي فإنه." (١)

"هذا أن له البناء بآلة نفسه وإن لم يمتنع الاسفل منه ومثله الشريك في الجدار المشترك ونحوه وهو كذلك اه.

قوله: (وهدمه) عطف على السكن قوله: (الاعلى) أي صاحب العلو، قوله: (له) أي للاسفل.

قوله: (مطلقا) أي بنى الاعلى علوه أم لا قوله: (وعدمه) أي عدم امتناعه قوله: (لها) أي للاعادة، وقوله: (لهما) أي للهدم والتملك.

---

(١) حواشي الشرواني، ١٩٢/٥

قول المتن: (وينقضه إذا شاء) ظاهر إطلاقه أنه لا يلزم المعيد أجرة الاس لشريكه ويحتمل خلافه حيث كان الاس يقابل بأجرة وهو الظاهر الذي ينبغي اعتماده اه ع ش.
وفي سم قال الاسنوي وكلامهما يقتضي أنه لا أجرة عليه وفيه نظر اه وذكر الناشري عن السبكي كلاما محصله استشكال جواز الانفراد بالاعادة والانتفاع قهرا على الشريك من جملته قوله: فإن الصحيح جريان القسمة في ذلك **بالتراضي** عرضا في كمال الطول وبها يندفع الضرر فما الداعي إلى الاجبار على تمكينه من البناء على غير ملكه ويبقى ا لبناء بلا أجرة في أرض الغير من غير إعارة منه
ولا إجارة ولا بيع هذا بعيد من القواعد اه، وهو صريح في أنه على كلامهم لا أجرة فليتأمل اه.
قوله: (لانه) إلى قوله: خلافا في المغني قوله: (خير الباني) كذا في الروض أي والمغني اه سم قوله: (لشارح الخ) تبعه م ر اه سم عبارة السيد عمر قوله لما وقع لشارح قد يقال إن كان الشارح المذكور يمنعه من نقضه إذا شاء فهو مخالف لصريح المنقول وإن لم يمنع فلا منافاة بين قوله ببقاء حقه كما كان وبين القول بالتخيير ولهذا جمع بينهما صاحب النهاية فليتأمل اه.
قوله: (وقد يستشكل) أي التخيير المذكور قوله: (على ذلك) أي على نقضه ليعيداه قوله: (فيضره) أي الباني قوله: (وحينئذ) أي حين إذا امتنع بعد الهدم وكذا قوله هنا.
قول المتن: (لم يلزمه إجابته) ولو عمر البئر أو النهر لم يمنع شريكه من الانتفاع بالماء ليسقي الزرع وغيره وله منعه من الانتفاع بالدولاب و ا لآلات التي أحدثها مغني ونهاية.
قال ع ش: قوله م ر: لم يمنع شريكه الخ أي وللباني نقض البناء لانه ملكه إلى آخر ما مر في الجدار اه.
قول المتن: (فللآخر منعه) وأفهم كلامه جواز الاقدام عليه عند عدم المنع.
قال في المطلب: إنه المفهوم من كلامهم بلا شك نهاية ومغني.
قال ع ش: قوله م ر: وأفهم كلامه أي قوله: وإن أراد إعادته الخ وقوله م ر: جواز الاقدام الخ خلافا لابن حج اه.
قوله: (وإنه الخ) عطف على الانتصار قوله: (على الاول) أي على ما في المتن قوله: (بين هذا) أي عدم جواز الاعادة بالنقض المشترك عند امتناع شريكه منها قوله: (معه) يعني بالنقض المشترك قوله: (يجوز) من التجويز (له) أي للشريك (البناء) أي بآلة نفسه (في العرصة) أي المشتركة قوله: (بأن تلك) أي الاعادة وفيما مر، وقوله: (فيها تفويت الخ) خبر أن قوله: (وهنا الخ) أي الاعادة هنا فيها تفويت الخ اه كردي.
قوله: (وهنا تفويت عين (قد يتوقف في كون البناء بالآلة المشتركة تفويتا لها بل هو انتفاع بها وتفويت لمنفعتها لا غير اه بصري، وقد يدفع التوقف بفرقهم بين استيلاء المنقول وغيره.
قوله: (بحسب الخ) المتبادر رجوعه للمعطوفين معا قوله: (ولا يصح) إلى قوله: ولو قال في النهاية والمغني إلا قوله: وفي هذا إلى وحينئذ قوله: (بنقضه) أي المشترك نهاية ومغني قوله: (فإذا كان) أي الجدار اه سم قوله: (وشرط له) أي شرط الآخر للمعيد قوله: (من حصته) حال من سدس النقض والضمير للآخر وكان الاولى تقديمه عليه ليظهر رجوعه على

المعطوفين أيضا قوله: (أو العرصة الخ) عطف على النقض قوله: (كان له) أي للمعيد قوله: (ثلثا ذلك) أي النقض في الصورة الاولى والعرصة في الثانية وهما معا في الثالثة قوله:." (١)

"قوله ولو كان دنانير في المغني.

قوله: (فإن قدر بالوزن إلخ) عبارة النهاية والمغني ولو قدر المثلي بغير معياره الشرعي كقنطار حنطة إلخ اه قوله: (فإن انقطع المثل) أي بأن فقد حسا فيما دون مرحلتين أو شرعا كأن وجد بأكثر من ثمن مثله والمراد بثمن مثله ما يرغب به في ذلك الوقت برماوي اه بجيرمي قوله: (بقيمته) أي قيمة المثل لا الشقص اه سم قوله: (حينئذ) أي وقت الاخذ وأسقط النهاية لفظة حينئذ كما نبهنا وكتب عليه ع ش ما نصه قوله م ر بقيمته أي المثل يوم البيع مثلا أخذا مما يأتي في المتقوم اه وفي البجيرمي عن الزيادي ما يوافقه قوله: (فإن تراضيا) أي المشتري والشفيع (عنها) أي عن الدنانير التي اشترى الشقص بها قوله: (مستجدا) بفتح الجيم من استجده إذا أحدثه وبكسرها من استجد لازما بمعنى حدث كما يؤخذ من المصباح اه ع ش قوله: (تبطل به الشفعة) ينبغي أن هذا بخلاف ما إذا أخذ أي الشفيع بالدن ا نير ثم عوض عنها بالدراهم فينبغي أن لا تبطل م ر انتهى سم على حج اه ع ش قوله: (وهي) أي ما في الحاوي والتأنيث باعتبار المسألة قوله: (هنا) أي في مسألة **التراضي**.

قوله: (ما مر من التفصيل إلخ) أي من أن محل البطلان إن علم وإلا فلا ع ش ورشيدي قوله: (فهو) أي **التراضي** قوله: (فوجب الفرق بين علمه وجهله) أي بالبطلان مع العلم دون الجهل قول المتن (فبقيمته) أي كالغصب قال في شرح الارشاد ومنه يؤخذ أنه يأتي هنا نظير ما مر فيما لو ظفر الشفيع بالمشتري ببلد آخر وأخذ فيه وهو أنه يأخذ بالمثل ويجبر المشتري على قبضه هناك إن لم يكن لنقله مؤنة والطريق آمن وإلا أخذ بالقيمة لحصول الضرر بقبض المثل وأن القيمة حيث أخذت تكون للفيصولة سم على حج اه ع ش قوله: (يأخذه) إلى قوله بناء على الاصح في النهاية قوله: (تعين الاخذ به) لان العدول عنه إنما كان لتعذره نهاية ومغني قوله: (ولو مثليا) عبارة النهاية والمغني لا سيما المتقوم اه.

قوله: (واعتمده الاذرعي." (٢)

"جرى عليه إلخ قوله: (وقال القاضي إلخ) عبارة النهاية وإن نقل القاضي عن النص أنها توقف الخ اه (قوله وليس له) أي للمشتري.

فرع: لو ذكر الشفيع قدرا لا يزيد عليه الثمن وقال أنا آخذ به أجيب فليراجع اه سم عبارة النهاية والمغني ولو قامت بينة بأن الثمن كان ألفا وكفا من الدراهم هو دون المائة يقينا فقال الشفيع أنا آخذه بألف ومائة كان له الاخذ كما في فتاوى الغزالي لكنه لا يحل للمشتري قبض تمام المائة اه قال ع ش قوله لا يحل إلخ أي لانه لا تجوز الزيادة على مثل الثمن

---

(١) حواشي الشرواني، ٥/٢١٨

(٢) حواشي الشرواني، ٦/٦٧

أو قيمته ولو **بالتراضي** على أنه هنا لا تراضي لان الشفيع إنما دفع تمام المائة ليتمكن من الاخذ اه قوله: (بعد الشراء) أي وقبل الحلف اه ع ش قوله: (وله أن إلخ) عبارة النهاية والمغني وللشفيع بعد حلف المشتري أن يزيد في قدر الثمن ويحلفه ثانيا وثالثا وهكذا إلخ ولا يكون قوله أي المشتري نسيت قدر الثمن عذرا بل يطلب منه جواب كاف اه قوله: (وهكذا حتى ينكل إلخ) أي ولو في أيام مختلفة وإن أدى ذلك لاضرار المشتري بإحضاره مجلس الحكم تلك المرات لان الظاهر من حاله حيث اشترى بمجهول أنه قصد منع الشفيع من الشفعة فعوقب بذلك اه ع ش قوله: (على أنه) أي ما وقف عنده اه ع ش قول المتن (معينا) أي في العقد أو في مجلسه كما يؤخذ من ع ش اه بجيرمي قوله: (بطلا فيه فقط) أي بطل البيع والشفعة فيما يقابل البعض من الشقص دون الباقي تفريقا للصفقة اه مغني قوله: (وخروج النقد نحاسا) ظاهره وإن كان متمولا وقد يشكل البطلان حينئذ في المعين إلا أن يقال لما لم يقصد إلا الفضة كان بمنزلة غير المتمول سم على حج وينبغي أخذا من مسألة شراء زجاجة ظنها جوهرة تصوير المسألة بما لو قال اشتريت بهذه الفضة مثلا فبان الثمن

نحاسا وقد يدل لما ذكرناه قول سم قوله كخروجه مستحقا ينبغي أن يستثني المعين المتمول الذي لم يوصف بأنه دراهم أو دنانير كبعتك بهذا فينبغي صحة البيع به أخذا من شراء زجاجة ظنها جوهرة فإنه يصح وحينئذ تثبت الشفعة فليراجع انتهى اه ع ش قوله: (فإن خرج رديئا) أي وإن وقع الشراء بعينه بل هو ظاهر في ذلك لكن لا وجه حينئذ لقوله والاستبدال سم وع ش ورشيدي وقد يمنع الظهور بل الشمول للمعين قول الشارح الآتي إلا أن يفرق ثم رأيت ما يأتي عن سم قوله: (تخير البائع بين الرضا به والاستبدال إلخ) هو مشكل إن كانت الصورة أن الثمن معين كما هو صريح السياق فإن القياس فيه إنما هو التخيير بين الفسخ والامضاء لا رد المعين وطلب بدله ع ش ورشيدي زاد سم لكن قوله الآتي إلا أن يفرق بأن الردئ والمعيب غير ما وقع به العقد بالكلية صريح في التصوير بما إذا كان الثمن في الذمة وحينئذ ففي ذكر هذا الكلام في هذا الشق ما لا يخفى اه أقول ولذا أخر المغني والمنهج هذا الكلام بتمامه وذكراه في شرح وإلا أبدل وبقيا. قوله: (الجيد) عبارة ا لمغني ما اقتضاه العقد اه قوله: (ورده) أي قول البغوي وكذا ضمير بأنه إلخ قوله: (ثمن إلخ) نعت عبد قوله: (وقد غلطه) أي البغوي (فيه) أي في قوله في عبد ثمن إلخ قوله: (قال وإنما إلخ) أي قال الامام قوله: (أولى) ووجه الاولوية أن العيب في المتقوم يمكن زواله بخلاف الرداءة في المثلي شيخنا الحفني اه بجيرمي قوله: (والصواب إلخ) أي قال البلقيني مغني وع ش قوله: (في كلتا المسألتين) أي مسألة الردئ ومسألة المعيب قوله: (اعتبار ما ظهر) أي بعد العقد وهو مثل الردئ وقيمة المعيب اه ع ش." (١)

"قوله: (بعد موت المالك) وكذا للعامل بعد جنون المالك أو إغمائه بيع مال القراض واستيفاء ديونه بغير إذن الولي مغني وروض مع شرحه قوله: (وليسا) أي البيع والاستيفاء قوله: (إلا بإذن المالك) فإن امتنع المالك من الاذن في البيع تولاه أمين من جهة الحاكم ولا يقرر ورثة المالك العامل على القراض كما لا يقرر المالك ورثة العامل عليه لان ذلك ابتداء قراض وهو لا يصح على العرض فإن نص المال ولو من غير جنس رأس المال جاز تقرير الجميع فيكفي أن يقول

---

(١) حواشي الشرواني، ٧١/٦

ورثة المالك للعامل قررناك على ما كنت عليه مع قبوله أي لفظا أو يقول المالك لورثة العامل قررتكم على ما كان مورثكم عليه مع قبولهم وكالورثة وليهم وكالموت الجنون والاغماء فيقرر المالك بعد الافاقة منهما وولي المجنون مثله قبل الافاقة ويجوز التقرير على المال الناض قبل القسمة لجواز القراض على المشاع فيختص العامل بربح نصيبه ويشتركان في ربح نصيب ال آ خر مثاله المال مائة وربحها مائتان مناصفة وقرر العقد مناصفة فالعامل شريك الوارث بمائة فإن بيع مال القراض بستمائة فلكل منهما ثلاثمائة إذ لعامل من الربح القديم مائة وربحها مائة ورأس المال في التقرير مائتان للوارث وربحها مائتان مقسوم بينهما ولو قال البائع بعد فسخ البيع للمشتري قررتك على البيع فقبل صح بخلاف النكاح لانه لا بد فيه من لفظ التزويج أو الانكاح مغني وروض مع شرحه وقولهما ولا يقرر ورثة المالك إلخ في النهاية مثله قال ع ش قوله ويجوز التقرير أي بأن يقول قررتك وقوله وقرر العقد أي من جانب المالك أو وارثه وقوله مقسوم بينهما أي الوارث والعامل وقوله ولو قال البائع إلخ ذكره لمناسبته للتقرير في القراض اه قوله: (إذا رجي) كذا في أصله بخطه بالياء اه سيد عمر قوله: (مما يأتي) أي في قوله ولا يمتنع بمنع المالك إلخ قول المتن (ويلزم العامل الاستيفاء) ولو رضي المالك بقبول ال حوالة جاز نهاية ومغني أي الحوالة الصورية رشيدي عبارة ع ش فيه مسامحة لان الدين للقراض ملك المالك فالمراد من الحوالة الرضا ببقاء الدين في ذمة من هو عليه اه واستيفاء المالك إياه بنفسه مثلا قوله: (لكن اعتمد ابن الرفعة ما اقتضاه المتن إلخ) وكذا اعتمده النهاية والمغني وشرحا الروض والمنهج عبارة السيد عمر وما اعتمده ابن الرفعة حقيق بالاعتماد اه قوله: (أنه يلزم) إلى قول المتن مثله في النهاية وكذا في المغني إلا قوله أو برضاه إلى المتن قوله: (والتنضيض) أي حيث لم يلزمه تنضيض ما زاد على رأس المال قوله: (والمالية فيه محققة) أي
بخلاف الدين قوله: (لان الدين ناقص) أي لانه قد يجئ وقد لا اه ع ش قوله: (ما بيده إلخ) أي حسا أو حكما ليشمل ما في الذمم اه رشيدي.
قوله: (أو نقدا غير صفة رأس المال) أي كالصحاح والمكسرة اه مغني قوله: (وإلا باع) أي وأن لا يوافق نقد البلد رأس المال سم ورش ي دي.
قوله: (فإن باع بغير جنسه) أي ولم يكن نقد البلد الذي باع به أغبط أخذا مما قبله اه رشيدي قوله: (حصل به جنسه) ولو قال رب المال لا أثق به جعل مع يده يد في أوجه الوجهين لان الائتمان انقطع بالفسخ وظاهر كلامهم أنه لا يعزل حتى ينض المال ويعلم به المالك اه نهاية قال ع ش قوله جعل مع يده يد وينبغي أن أجرة ذلك على المالك اه وقال الرشيدي قوله وظاهر كلامهم إلخ أي ولا ملازمة بين الانفساخ والانعزال فليتأمل اه قوله: (إن طلبه المالك) أي كلا من الاستيفاء والتنضيض وكذا قوله في ذلك قال ع ش فلو كان المالك اثنين وطلب أحدهما التنضيض والآخر عدمه فينبغي أن يقسم المال عروضا فما يخص من طلب العروض يسلم له وما يخص من طلب التنضيض يباع ويسلم له جنس رأس المال اه قوله: (ما لم يقل) أي المالك (له) أي للعامل قوله: (بتقويم عدلين) قضيته أنه لا يكتفي بتقويم رجل وامرأتين ويوافقه ما مر في الغصب عن العباب ثم هذا ظاهر في الاعيان وأما إذا كانت ديونا فما طريق قسمة ذلك ويحتمل أن يقال إن تراضي العامل والمالك على تعيين بعضها للعامل وبعضها للمالك فذاك وإلا رفعا الامر إلى الحاكم فيستوفيها

ويقسم الحاصل عليهما وعلى **التراضي** يكون ذلك كالحوالة فإن تعذر على أحدهما استيفاء ما عين له من الديوان لم يرجع على صاحبه أو يقسم كل واحد من." (١)

"ويحمل عليها قول المتن (يقتسمان) أي المكتري والمكري في الاولى والمكتريان في الثانية اه مغني قوله: (**بالتراضي**) على الوجه المبين أو المعتاد اه مغني قوله: (نعم شرط الاولى إلخ) عبارة المغني والاسنى عقب قول المتن ليركبها بعض الطريق نصها والمؤجر البعض الآخر تناوبا مع عدم شرط البداءة بالمؤجر سواء شرطا للمستأجر أم أطلقا أو قالا ليركب أحدنا أما إذا اشترط أن يركبها المؤجر أولا فإن العقد باطل في إجارة العين اه وأقره سم قوله: (نعم شرط الاولى) وهو قول المتن أن يؤجر دابة رجلا وقوله: (أن يتقدم ركوب المستأجر) أي يتقدم ركوبه على مشيه أو على ركوب المالك اه كردي قوله: (أن يتقدم ركوب المستأجر إلخ) ظاهره اعتبار ركوبه بالفعل والمتجه خلافه كما قد يدل عليه التعليل بل المتجه أنه إذا شرط في العقد ركوب المستأجر أولا أو اقتسما بعد العقد وجعل نوبة المستأجر أولا فسامح كل الآخر بنوبته جاز فليتأمل سم على حج اه ع ش ورشيدي أقول بل المدار كما مر عن المغني والاسنى آنفا على أن لا يشترط في العقد ركوب المؤجر أولا قوله: (ذلك) أي كراء العقب قوله: (لاطاقتهما) لعل صوابه لعدم إطاقتهما عبارة النهاية والمغني والروض مع شرحه ولو آجره حانوتا أو نحوه لينتفع به الايام دون الليال أو عكسه لم يصح لعدم اتصال زمن الانتفاع بعضه ببعض بخلاف العبد والدابة فيصح لانهما عند الاطلاق للاجارة يرفهان في الليل أو غيره على العادة لعدم

إطاقتهما العمل دائما اه قوله: (وإن خالف إلخ) غاية قوله: (أو ما اتفقا عليه إلخ) عطف على العادة قوله: (وهو) أي الجواز الذي اقتضاه قوله: (أياما كذلك) أي ظاهر قوله: (وعليه) أي الضرر (يحمل كلام الروضة إلخ) أي بعدم الجواز قوله: (أو بالماشي) عطف على قوله بالبهيمة قوله: (وفي توجيه النص) من إضافة المصدر إلى فاعله وقوله: (المنع) مفعوله قوله: (للثلاث) الاولى ل لثلاثة بالتاء قوله: (فإنه قال) أي الشافعي رضي الله تعالى عنه قوله: (لان ذلك) أي الركوب ثلاثة أيام والمشي ثلاثة أيام قوله: (ويؤخذ منه) أي من التوجيه (أنه لا بد إلخ) قد يقال يغني عن هذا قوله السابق ما لم يضر بالبهيمة سم على حج اه ع ش ورشيدي قوله: (أخذ الخ) انظر ما متعلقه ولعل الاولى أن يقول ويفيده أيضا قولهم إلخ قوله: (وأنه لو مات المحمول إلخ) انظر لو مرض سم على حج والظاهر أن المرض مثل الموت كما يؤخذ من توجيه النص السابق آنفا اه ع ش ولك أن تقول إن اقتصارهم على الموت يفهم أن المرض بخلافه والفرق ظاهر قوله: (على ما يأتي) أي قبيل قول المتن ولو اكترى جمالا قوله: (ولو استأجراها) إلى الفصل في المغني والروض مع شرحه فصل في بقية شروط المنفعة قوله: (في بقية شروط) إلى قوله لكن هل يعتبر في النهاية إلا قوله ولو بإشارة إلى ولا يجب وقوله لانه صريح إلى ولا لتسكنها قوله: (في بـقـية شروط المنفعة) أي زيادة على ما مر في قوله وكون المنفعة متقومة إلخ قال المغني ولم يقل وكون المنفعة معلومة أي بالعطف بدون ترجمة لكثرة أبحاث هذا الشرط اه قوله: (كون المعقود عليه) أي كالدار مثلا قوله: (بالتقدير الآتي) أي في المتن والشرح قوله: (كالبيع في الكل) أي في أنه إذا ورد على معين

---

(١) حواشي الشرواني، ٦/١٠١

اشترط معرفة عينه وتقديره على ما يأتي وإن ورد على ما في الذمة اشترط وصفه وتقديره لكن مشاهدة الاول تغني عن تقديره اه رشيدي قوله: (لكن مشاهدة محل." (١)

"قوله: (ولو حذفه) أي أضمره قوله: (لاستغنى عنه) لكن ذكره أوضح اه سم قوله: (دون غيره) لعل محله إذا لم يفوض الامر إلى السلطان تفويضا مطلقا عاما اه سيد عمر قوله: (بخلاف قول ما مر) أي أحي أو أترك اه كردي قوله: (لتمليك رقبته) إلى قوله ولا ينافي في المغني والى قوله قد يجب في النهاية الا قوله لكن العمل إلى وفيه نظر قوله: (ملكه الخ) جواب لو قوله: (بمجرد إقطاعه له) ظاهره وإن لم يضع يده عليه اه سم قوله: (في أحكامه السابقة) يؤخذ منه أنه لو أحياه آخر ملكه ويدل عليه أيضا قوله وبحث الزركشي الخ اه سم أقول وصرح به المنهج قوله: (وذلك الخ) عبارة المغني والاصل في الاقطاع خبر الصحيحين أنه (ص) أقطع الزبير الخ وخبر الترمذي وصححه أنه (ص) أقطع وائل بن حجر بحضرموت اه قوله: (لانه (ص) الخ) لك أن تقول التعبير بالاموال يخرج الموات لانه ليس مالا لهم فلا يصلح حجة لما هنا بل لما سيفنده الش ا رح قريبا بقوله أو لغير مرجو فليتأمل اه سيد عمر عبارة سم وأقرها ع ش

كان وجه الاستدلال القياس وإلا فالكلام في إقطاع الموات وأموال بني النضير ليست منه كما هو ظاهر اه وصنيع المغني المار آنفا سالم عن الاشكال قوله: (وبحث الزركشي الخ) عبارة المغني لكن يستثنى هنا كما قال الزركشي ما أقطعه (ص) الخ اه قوله: (أن ما أقطعه (ص)) أي إرفاقا اه رشيدي قوله: (لا يملك) أي بالاقطاع قوله: (لا يملكه الغير) أي غير المقطع اه ع ش قوله: (كما مر) وهو قوله لتمليك رقبته الخ اه كردي.

قوله: (وأفهم قوله الخ) عبارة المغني تنبيه هل يلحق المندرس الضائع بالموات في جواز الاقطاع فيه وجهان أصحهما في البحر نعم بخلاف الاحياء فإن قيل هذا ينافي ما مر من جعله كالمال الضائع أجيب بأن المشبه لا يعطي حكم المشبه به من جميع الوجوه والحاصل أن هذا مقيد لذاك وأما إقطاع العامر فعلى قسمين إقطاع تمليك وإقطاع استغل ا ل الاول أن يقطع الامام ملكا أحياه بالاجراء والوكلاء أو اشتراه أو وكيله في الذمة فيملكه المقطع بالقبول والقبض إن أبد أو أقت بعمر المقطع وهو العمري ويسمى معاشا والاملاك المتخلفة عن السلاطين الماضية بالموت أو القتل ليست بملك للامام القائم مقامهم بل لورثتهم إن ثبتوا وإلا فكالاموال الضائعة ولا يجوز إقطاع أراضي الفئ تمليكا ولا إقطاع الاراضي التي اصطفاها الائمة لبيت المال من فتوح البلاد إما بحق الخمس وإما باستطابة نفوس الغانمين ولا إقطاع أراضي الخراج صلحا وفي إقطاع أراضي من مات من المسلمين ولا وارث له وجهان الظاهر منهما المنع ويجوز إقطاع الكل معاشا والثاني أن يقطع غلة أراضي الخراج قال الاذرعي ولا أحسب في جواز الاقطاع للاستغلال خلافا إذا وقع في محله لمن هو من أهل النجدة قدرا يليق بالحال من غير مجازفة اه أي فيملكها المقطع له بالقبض ويختص بها قبله فإن أقطعها من أهل ال صدقات بطل وكذا من أهل المصالح وإن جاز أن يعطوا من مال الخراج شيئا لكن بشرطين أن يكون بمال مقدر قد وجد سبب استباحته كالتأذين والامامة وغيرهما وأن يكون قد حل المال ووجب ليصح الحوالة به ويخرج بهذين الشرطين عن حكم الاقطاع وإن أقطعها من القضاة أو كتاب الدواوين جاز سنة واحدة وهل يجوز الزيادة عليها وجهان

---

(١) حواشي الشرواني، ١٤١/٦

أصحهما المنع إن كان جزية والجواز إن كان أجرة ويجوز الاقطاع للجندي من أرض عامرة للاستغلال بحيث تكون منافعها له ما لم ينزعها الامام وقضية قول المصنف في فتاويه أنه يجوز له إجارته أنه يملك منفعتها قال بعض المتأخرين وما يحصل للجندي من الفلاح من مغل وغيره فحلال بطريقه وما يعتاد أخذه من رسوم ومظالم فحرام والمقاسمة مع الفلاح حيث البذر منه منعها الشافعي

رضي الله تعالى عنه وغيره وحينئذ فالواجب على الفلاح أجرة مثل الارض وإذا وقع **التراضي** على أخذ المقاسمة عوضا عن أجرة الارض كان ذلك جائزا فحق على الجندي المقطع أن يرضي الفلاح في ذلك ولا يأخذ منه إلا ما يقابل أجرة الارض وإن كان البذر من الجندي فجميع المغل له وللفلاح أجرة مثل ما عمل فإن رضي الفلاح عن." (١)

"الاحياء فقط وليس بمتعين بل يحتمل عوده للسقي فقط ولهما معا كما هو واضح اه سيد عمر قوله: (نظر ظاهر) لعل وجهه ما قدمته عن النهاية والمغني من عدم حرمة صب الماء المملوك في النهر قوله: (علوها) أي الارض قوله: (أحدهما) أي مجرى أحدهما على حذف المضاف وكان الاولى تأنيث الاحد قوله: (أي الشركاء) إلى قوله لان حافة النهر في النهاية قول المتن (مهايأة) منصوب إما على الحال من المبتدأ وهو

القسمة بناء على صحة الحال منه كما ذهب إليه سيبويه وغيره أو على أنها مفعول بفعل محذوف بتقدير ويقسم مهايأة ويجوز كون القسمة فاعلة بالظرف بناء على قول من جوز عمل الجار بلا اعتماد وهم الكوفيون وعليه فينصب مهايأة على الحال من الفاعل مغني ونهاية أقول ويجوز كونها حالا من فاعل الظرف المستتر الراجع إلى المبتدأ بل هو لكونه محل وفاق أحسن قوله: (قال الزركشي وتتعين المهايأة الخ) يؤخذ منه أن المهايأة متعي نة في قسمة ماء البئر المشتركة المتعذر قسمتها وهذا إن لم يكن للاصحاب رحمهم الله نقل في كيفية قسمة ماء البئر فإن ظفر بنقل فهو المتبع والله أعلم اه سيد عمر قوله: (لبعد أرض بعضهم الخ) أي لان الاقرب يحصل له زيادة اه سم قوله: (ونحو الخشبة) عطف على قوله المهايأة.

قوله: (إذا كانت القناة الخ) يتأمل لان المهايأة إنما تكون **بالتراضي** ومعه لا نظر للتفاوت كما تقدم في قوله ولا نظر الخ اه سيد عمر عبارة ع ش قوله فتمتنع المهايأة هذا قد يخالف ما مر في قوله ولا نظر لزيادة الماء ونقصه مع **التراضي** إلا أن يقال المراد بالامتناع هنا عدم الاجبار على ذلك فلا منافاة لكن يرد على ذلك أن المهايأة لا إجبار فيها فالاولى أن يقال يصور ذاك بزيادة تارة من اعتياد كتحرك هواء أو نحوه وما هنا بما عهدت الزيادة تارة والنقص أخرى من غير اعتياد وقت بخصوصه للزيادة وآخر للنقص اه وحاصله أن ما مر في الزيادة ا لمحتملة وما هنا في الزيادة المحققة المعلومة بالعادة ومقتضاه امتناع المهايأة حينئذ ولو مع **التراضي** من الجانبين ولعل وجهه الجهل بمقدار الزائد وعدم انضباطه وفيه ما لا يخفى فالاولى حمل مقالة الزركشي على الاجبار فيما إذا تنازعوا وضاق الماء كما مر في الشرح تقييد كلام المصنف بذلك قوله: (قبل المقسم) بكسر السين عبارة النهاية وليس لاحدهم توسيع فم النهر ولا تضييقه ولا تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء ولا تأخيره ولا غرس شجرة على حافته بدون رضا الباقين كسائر الاملاك المشتركة اه زاد المغني ولا

---

(١) حواشي الشرواني، ٦/٢١٤

بناء قنطرة ورحى عليه اه قوله: (وحينئذ) أي حين إذ تفاوتت أراضيهم بالانخفاض والارتفاع قوله: (الاصلية) صفة للنهر والتأنيث هنا وفي قوله فإن عمرها بتأويل العين قوله: (ومن ثم) أي من أجل اشتراط عدم الضرر قوله: (امتنع عليه) أي الاعلى قوله: (في العليا) متعلق بإجراء الماء خاتمة: في المغن ي والنهاية لا يصح بيع ماء البئر والقناة منفردا عنهما لانه يزيد شيئا فشيئا ويختلط المبيع بغيره فيتعذر التسليم فإن باعه بشرط أخذه الآن صح ولو باع صاعا من ماء راكد صح لعدم زيادته أو من جار فلا لانه لا يمكن ربط العقد بمقدار مضبوط لعدم وقوفه ولو باع ماء القناة مع قراره والماء جار لم يصح البيع في الجميع للجهالة وإن أفهم كلام الروضة البطلان في الماء فقط عملا بتفريق الصفقة فإن اشترى البئر وماءها الظاهر أو جزأهما شائعا وقد عرف عمقها فيهما صح وما ينبع في الثانية مشترك بينهما كالظاهر بخلاف ما لو اشتراها أو جزأها الشائع دون الماء أو أطلق فلا يصح لئلا يخلط الماءان ولو سقى زرعه بماء مغصوب ضمن الماء ببدله والغلة له لانه المالك للبذر فإن غرم البدل وتحلل من صاحب الماء كانت الغلة أطيب له مما لو غرم البدل فقط ولو أشعل نارا في حطب مباح لم يمنع أحدا الانتفاع بها ولا الاستصباح." (١)

"عطف على قوله لا نقص الخ عبارة المغني ولم يمتد زمن من قطعه اه.

قوله: (وقبض النصف) إلى قوله فإن قال في المغني إلا قوله ومن ثم إلى أما إذا وقوله أو وأعيرها نصفي قوله: (أو وأعيرها) عطف على قوله لا أقبضه قوله: (لا تبرأ بذلك) لان الابراء من ضمان العين مع بقائها باطل اه.

مغني قوله: (أجبرت) مع قوله ورضيت لا يخلو عن حزازة ثم هلا أجرى هذا التفصيل في مسألة الاعارة ويجاب بأن فيها خطر الضمان سم على حج وذلك لانه حيث وقع الرضا منها قد طلب جعله وديعة لم يكن لقوله أجبرت معنى لان الاجبار إلزام الممتنع من الفعل على قبوله اه.

ع ش عبارة السيد عمر قوله أجبرت الخ أنى يتصور الاجبار مع الرضا فليتأمل ثم رأيت
الفاضل المحشي قال إن الجمع بينهما لا يخلو عن حزازة اه.

قوله: (وإلا) أي إن لم ترض بذلك قوله: (وعلى هذا) أي قوله وإلا فلا اه.

سم عبارة الرشيدي أي على ما إذا لم ترض اه.

وهي أحسن ق و له: (أي الرجوع) إلى قوله إذ لا فائدة في المغني إلا قوله فإن قبل إلى المتن قوله: (أي الرجوع) أي رجوع الزوج قوله: (لان حقه الخ) عبارة المغني لان حقه ثبت معجلا فلا يؤخر إلا برضاه والتأخير **بالتراضي** جائز لان الحق لهما ولا يلزم فلو بدا لاحدهما الرجوع عما رضي به جاز لان ذلك وعد لا يلزم.

فرع لو أصدقها نخلة مع ثمرتها ثم طلقها قبل الدخول ولم يزد الصداق رجع في نصف الجميع وإن قطعت الثمرة لان الجميع صداق ويرجع أيضا في نصف الكل من أصدق نخلة مطلعة وطلق وهي مطلعة فإن أبرت ثم طلق رجع في نصف الشجرة وكذا في نصف الثمرة إن رضيت لانها قد زادت وإلا لاخذ نصف الشجرة مع نصف قيمة الطلع اه.

قوله: (فيهما) أي الشجر والثمر قوله: (وقيل يجبر) أي على قبول الهبة اه.

---

(١) حواشي الشرواني، ٦/٢٣٤

مغني قوله: (أولهما) قد يدخل فيما قبله بجعل أو فيه مانعة خلو لا مانعة جمع اه.

سم قوله: (لاجتماعهما) أي النقص والزيادة قوله: (أو م نهما) عبارة المغني وإن كان لهما اعتبر توافقهما اه.

قوله: (وإلا) أي وإن لم يتوقف ملكه على الاختيار قوله: (وهو) أي الاختيار اه.

ع ش قوله: (ما لم يطلب) أي الزوج حقه فتكلف الخ أي الزوجة حين طلب الزوج قوله: (اختيار أحدهما) أي من العين والقيمة قوله: (فإن امتنعت) أي من الاختيار قوله: (بل تنزع) أي العين وكذا ضمير فيها ومنها الآتيين قوله: (فإن أصرت على الامتناع باع القاضي الخ) قد يقال هذا الاطلاق صادق بما إذا كان نصف القيمة أكثر من قيمة النصف كما هو الغالب فيؤدي إلى الخروج عن عهدة الواجب أعني نصف القيمة إلى بيع أكثر من النصف وهو خلاف المصلحة ولو قيل عمل القاضي بما تقتضيه المصلحة ففي هذه الصورة يتعين عليه دفع نصف العين وفي عكسه كان وجد راغب في الثلث مثلا بما يساوي نصف القيمة يتعين البيع لكان متجها اه.

سيد عمر قوله: (بيعه) أي قدر الواجب قوله: (ما زاد) أي على قدر الواجب اه.

كردي قوله: (قيل الخ) قال ذلك في شرح الروض اه.

سم قوله: (في الصورة الاخيرة) وهي قوليأخذ نصف العين اه.

سم قوله: (وفيه نظر) وافقه المغني عبارته ومتى استحق الرجوع في العين استقل به اه.

قوله: (ويجاب الخ) وفي شرح الارشاد ويجاب بأن التساوي أمر مظنون فتوقف الامر على القضاء به انتهى اه.

سم قوله: (لما مر) أي في شرح لم يلزمها قطفه من قوله جبرا لما حصل الخ اه.

كردي." (١)

"له وقع عرفا فيه نظر وظاهر إطلاقه الاول اه.

قوله: (جمعوا بينهما) أي بين ما في المتن وما في الشارح من سن أن لا تبلغ الخ وكذلك ضمير يتعارضان قوله: (فالذي يتجه الخ) اعتمده ع ش قوله: (رعاية الاقل الخ) أي ندبا قوله: (من نصف المهر الخ) لعل المراد تيقن النقص عنه اه.

سم قوله: (وهذا) أي الثلاثون قوله: (بالاول) أي الخادم وقوله وبالثاني أي الثوب قوله: (وأقل مجزئ) قوله: مبتدأ خبره متمول وضمير فيه لما الخ قوله: (حينئذ) أي حين التراضي قوله: (ما مر في الثلاثين الخ) أي الاقل منهما.

قوله: (وإن زاد على مهر المثل) مر آنفا عن النهاية والمغني خلافه قوله: (على الاوجه) كذا في شرح الروض اه.

سم قوله: (مهر المثل) مبتدأ وقوله مناطه مبتدأ ثان وقوله اللائق خبر الثاني اه.

سم قوله: (وهو) أي اللائق بمثلها للوطئ قوله: (بها) أي بمثلها قوله: (منع زيادتها) أي المتعة عليه أي المهر قوله: (قلت مم نوع) حاصل السؤال أنه لا يتصور أن تزيد المتعة على مهر المثل وإن هذا محمل ما قاله البلقيني وحاصل الجواب تصور زيادتها عليه سواء أريد به مهر حال العقد أو مهر حال الفراق وقد يقال هذا ليس مراد البلقيني بل مراده أنه وإن تصور زيادتها لكن يجب أن لا تزيد كما أن الحكومة إذا بلغت أرش عضو مقدر يجب نقصها عنه اه.

---

(١) حواشي الشرواني، ٧/٤٠٩

سم قوله: (فالوجه ما أطلقوه) أي ما اقتضاه إطلاقهم من جواز زيادتها على مهر المثل اه.

كردي قوله: (عما قيد الخ) أي من منع زيادة المتعة على مهر المثل اه.

كردي قوله: (وبه يعلم الخ) أي بقوله قلت الخ قوله: (دية متبومحلها) أي الحكومة قوله: (وهو) أي الفرق أنها أي الحكومة قوله: (بخلاف المتعة والمهر الخ) أي فليست تابعة محضة له قوله: (لما تقرر الخ) أي في شرح لا بسببها كطلاق اه.

كردي قوله: (إن موجبه) أي المهر قوله: (وأن كلا) أي من المتعة والمهر قوله: (فيهما) أي آكدية الموجب وال انفراد.

قول: (المتن معتبرا حالهما) أي وقت الفراق سم وع ش قوله: (فيه إشارة) يتأمل اه.

سم قول المتن: (وقيل أقل مال)." (١)

"هل معناه أنه يمتنع عليه الزيادة عليه اه.

سم قوله: (يجوز جعله الخ) عبارة المغني كما يجوز جعله صداقا وفرق بأن المهر بالتراضي اه.

وهي سالمة عما يأتي عن ع ش قوله: (ورد بأن المهر الخ) مجرد كونه بالتراضي لا يصلح للرد على هذا الوجه فإنه لم يقل أقل مال يجب في الصداق بل قال يجوز جعله صداقا ومعلوم أن الجعل

إنما هو بتراضيهما اه.

ع ش.

فصل في الاختلاف في المهر والتحالف قوله: (في الاختلاف) إلى قوله نعم مقتضى في النهاية وكذا في المغني إلا قوله ولا يلزم من القطع بالثاني القطع بالاول قوله: (في الاختلاف في المهر الخ) عبارة المغني في التحالف عند التنازع في المهر المسمى اه.

وهي أولى لفظا ومعنى قوله: (فيما سمى منه) أي ولو حكما ليشمل ما لو أنكر الزوج التسمية من أصلها اه.

ع ش قوله: (إذا اختلفا الخ) أي قبل وطئ أو بعده مع بقاء الزوجية أو زوالها اه.

مغني قوله: (أقل) أي أو من غير نقد البلد أو في الذمة وهي تدعي أن هذا المعين أخذا مما سيأتي اه.

سيد عمر قوله: (من نحو جنس كدنانير الخ) كأن قالت بألف دينار فقال بل بألف درهم أو قالت بألف صحيحة فقال بل مكسرة أو بحال فقال بل بمؤجل أو بمؤجل إلى سنة فقال بل إلى سنتين اه.

مغني قوله: (وحلول الخ) عطف على دنانير قوله: (وضدها) قد يغني عنه الاختلاف قوله: (نعم يبدأ هنا بالزوج) أي مع أنه نظير المشتري هناك اه سم قوله: (لقوة جانبه) أي بعد التحالف اه.

مغني قوله: (ولم يعرف لها الخ) هل يصور بما إذا تحير القاضي في اجتهاده في قدر مهر مثلها أو فيما إذا تنازعت هي والزوج في نسبها فقالت هاشمية فقال بل قرشية أو بماذا ينبغى أن يراجع اه.

سيد عمر وقوله أو فيما لعل صوابه أو بما بالباء عطفا على قوله بما إذا تحير الخ قوله: (لانه غارم) أي والاصل براءة

---

(١) حواشي الشرواني، ٤١٧/٧

ذمته عما زاد اه.

مغني قوله: (وبكون ال) عطف على بمسمى الخ قوله: (كلا أعلم الخ) هذا قول وارث الزوج وأما وارث الزوجة فيقول والله لا أعلم أنه نكح مورثي بخمسمائة وإنما نكحها بألف اه.

مغني قوله: (ولا يلزم منه القطع بالثاني) وهو جانب الاثبات المقابل للنفي اه.

ع ش قوله: (مطلقا) أي في الاثبات والنفي اه.

ع ش قوله: (واستظهر) ببناء المفعول قوله: (ثم بعد التحالف) إلى قوله ويفرق في النهاية والمغني إلا قوله أو من غير نقد البلد إلى ولو ادعى وقوله أو معين قوله: (أيضا) أي كما ينفذ ظاهرا قوله: (من المحق فقط) احترز به عن الكاذب قوله: (لمصيره الخ) تعليل للمتن اه.

رشيدي قوله: (بالتحالف) أي بنفس التحالف وقوله فوجبت قيمته أي وهي مهر المثل اه.

ع ش قول المتن: (ولو ادعت تسمية) أي أكثر من مهر المثل كما يعلم من قوله الآتي ومحله إن كان الخ اه.

رشيدي قوله: (من أصلها) بأن قال لم تقع تسمية اه.

مغني.

قوله: (ولم يدع تفويضا) ولم يكن ترك التسمية يفسد النكاح وإلا كم ا في الصور السابقة أول الباب فلا تخالف اه.

مغني قوله: (ولم يدع تفويضا) فإن ادعاه فسيأتي في قوله أو والآخر

تسمية الخ اه.

سم قول المتن: (تحالفا في الاصح) أي فإن أصر الزوج على الانكار لم ترد عليها اليمين ولا يقضى لها بشئ بل يؤمر الزوج بالحلف أو البيان اه.

ع ش قوله: (الاختلاف في قدر المهر) لانه يقول الواجب مهر المثل وهي تدعي زيادة عليه نهاية ومغني قوله: (ومحله إن كان الخ) أي وإلا فلا اختلاف في الحقيقة فلا تحالف قوله: (ولو أنقص الخ) غاية قوله: (وأنكرت) أي الزوجة التسمية من أصلها اه.

مغني قوله." (١)

"كالصريح في أن من لم يؤمن ضرره لا يلزم الطواف به وإن كان عليه بقية دور وطلبته وكلام شرح الروض أي والمغني كالصريح في اللزوم حينئذ فليتأمل وليراجع اه.

سم قوله: (أو أذاه الوطئ) أي بقول أهل الخبرة اه.

مغني قوله: (فلا قسم) عبارة المغني فإن ضره الجماع بقول أهل الخبرة وجب على ولى منعه منه اه.

قوله: (وإن أمن) ظاهر المغني أنه ليس بقيد كما مر قوله: (وطلبته) مقتضى ما تقدم في قوله فورا عدم التوقف على الطلب إلا أن يقال ذاك في العاقل سيد عمر وع ش قوله: (وإلا راعى الخ) كذا نقله في المغني عن المتولي واستحسنه

---

(١) حواشي الشرواني، ٤١٨/٧

بعد نقله عن البغوي وغيره أنه بنفسه يقسم أيام الافاقة وتلغو أيام الجنون اه.

سيد عمر قوله: (بشرطه) أي السابق بقوله وإن أمن وعليه بقية دور وطلبته قوله: (وعلى محبوس الخ) ولو حبسته إحدى زوجتيه على حقها فليس للاخرى أن تبيت معه كما أفتى به ابن الصباغ اه.

مغني قوله: (ومنه) أي م ما يعتبر في صلاحية المحل قوله: (هذا الخ) أي قوله وعلى محبوس وحده الخ قول المتن: (فإلم ينفرد بمسكن) بأن لم يكن له مسكن بالكلية أو كان مشتركا بينه وبين غيره من قريب أو غيره اه.

سيد عمر قوله: (لمسكنه) إلى المتن في النهاية والمغني.

قوله: (وعليهن الاجابة) والاوجه أن مؤنة الاجابة عليه في المريضة وغيرها والحاصل إن ما يتوقف عليه ابتداء التسليم عليها وما يتوقف عليه الانتقال بعد التسليم عليه اه.

سم بحذف قوله: (ذات خفر) أي شرف اه.

ع ش قوله: (على ما قاله الخ) عبارة النهاية والمغني كما قاله اه.

قوله

: (لكن استغربه) عبارة النهاية والمغني وإن استغربه اه.

قوله: (نحو معذور بنحو مرض) كان ينبغي إسقاط أحد النحوين اه.

سيد عمر قوله: (أو يرسل لها مركبا الخ) وعليه مؤنته سم أي ذهابا وإيابا اه.

ع ش قوله: (بالقرعة) أي أو **التراضي** اه.

مغني قوله: (له الخ) متعلق بغرض اه.

سم قوله: (فإن اختلفا) أي الزوج والزوجة في الخوف عليها كأن ادعى الزوج عدمه والزوجة وجوده قوله: (لغيرهما) نائب فاعل رجع قوله: (دون غيرها) متعلق بقول المتن عليها أي تعلقا معنويا فهو حال من الهاء في عليها والمعنى حال كون من مضى إليها منفردة بالخوف عليها أو قرب مسكنها عن الزوجة الاخرى اه.

سم عبارة الكردي قوله دون غيرها الضمير يرجع إلى من مضى إليها يعني أن غيرها ليست متصفة بواحد من هذين الوصفين بأن كانت بعيدة المسكن وعجوزة اه.

قوله: (لكونه الخ) علة لعذر اه.

سم.

قوله: (قال الاذرعي) إلى قول المتن وله أن يرتب في النهاية قول المتن: (ويحرم أن يقيم الخ) التعبير بالاقامة يقتضي الدوام وبحث الزركشي أن الحكم كذلك لو مكث أياما لا على نية الاقامة وهو ظاهر اه.

مغني قوله: (لما مر) أي من أن فيه إيحاشا." (١)

---

(١) حواشي الشرواني، ٧/٤٤٢

"بخلافه مع الكسوت) أي بخلاف ما لو سكت معها مع سكوتها إن كان المسكن لها وسكوت نحو أبيها إن كان المسكن له فتلزم الاجرة فيما ذكر لكن هذا لم يتقدم فيما نقله قبيل الاستبراء إنما تقدم أنه إذا سكن بالاذن لا أجرة عليه ولم يبين ثم مفهومه فالمراد بما مر ما مر منطوقا ومفهوما اه ع ش قوله: (كمعار) ومستأجر ولا يثبت في الذمة نهاية أي لا يثبت بدل المسكن وهو الاجرة إذا لم يسكنها مدة لانه إمتاع ع ش قوله: (بإن كانت) إلى قوله لان الامور في المغني قوله: (حرة) بخلاف الرقيقة كلا أو بعضا فلا أخدام لها وإن كانت جميلة لان شأنها أن تخدم نفسها وإن وقع الاخدام لها بالفعل كما في الجواري البيض اه شيخنا وسيأتي في الشارح ما يوافقه قوله: (ومثلها تخدم عادة الخ) لكونها لا يليق بها خدمة نفسها في عادة البلد كمن يخدمها أهلها أو تخدم بأمة أو بحرة مستأجرة أو نحو ذلك اه مغني عبارة سم سئل هل يكفي في كونها ممن تخدم خدمة أبويها أو أحدهما لها في بيتهما والوجه أنه يكفي على أنه لا وجه لهذا السؤال مع قول الشارح وظاهر قولهم الخ اه قوله: (مثلا) أي أو عمها لموت أبيها في حال صغرها اه بجيرمي قوله: (من زوج) يشمل زوجا سابقا عليه رشيدي وشيخنا قوله: (بخلا الخ) أي أو لعدم وجود من يخدم أو لقصد تواضعها أو رياضتها اه شيخنا قوله: (وإن خدمت) أي في بيت نحو أبيها بالفعل اه حلبي قوله: (والاول أقرب) جزم به شيخنا قوله: (كما عرفت) أي من توصيفه بالظهور قوله: (ولو بدوية) إلى قوله قال الزركشي في النهاية قوله: (ولو بدوية لانه الخ) أي وبائنا حاملا

لوجوب نفقتها اه نهاية قوله: (بواحدة) متعلق بإخدامها قوله: (مطلقا) أي شريفة أولا اه ع ش عبارة السيد عمر هل المراد به وإن اعتادت ذلك في بيت أبيها فليراجع ثم رأيت كلام العزيز مصرحا بذلك ونقل عن الامام مالك رحمه الله تعالى رعاية حالها في بيت أبيها وعن أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى كمذهبنا من عدم اعتباره والاكتفاء بواحدة اه.

قوله: (فيجب قدر الحاجة) أي وإن تعددت سواء كانت أي الزوجة حرة أو أمة لان ذلك للحاجة التي هي أقوى من المروءة اه شيخنا وسيأتي في الشارح مثله قوله: (وله) أي للزوج قوله: (إدخال واحدة) أي سواء كانت مملوكة لها أو بأجرة كما يأتي قوله: (ومن تخدم الخ) عطف على من لا تخدم قوله: (سواء أكن) أي الاكثر ملكها أي الزوجة قوله: (والزوجة) عطف على من لا تخدم وقوله مطلقا أي سواء كانت ممن تخدم أولا قوله: (من زيارة أبويها) أي وغيرهما المعلوم بالاولى قوله: (وإن احتضرا) أي حيث كان عندهما من يقوم بتمريضهما أخذا مما يأتي عن ع ش قوله: (وشهود الخ) عطف على زيارة الخ قوله: (ومنعهما الخ) أي وله منع أبويها من الدخول عليها لكن مع الكراهة اه مغني قوله: (لها) أي وإن احتضرت حيث كان عندها من يقوم بتمريضها اه ع ش قوله: (كولدها) أي ولو صغيرا اه ع ش قوله: (كولدها الخ) أي ومالها اه مغني قوله: (وتعيين الخادم) مبتدأ خبره قوله إليه قول المتن: (له) أي أولها كما قاله ابن المقري اه مغني قوله: (أو صبي) إلى قوله وإن لها في المغني إلا لفظة نحو من قوله أو بنحو محرم وقوله قال الزركشي قوله: (أو بنحو محرم الخ) عطف على بحرة في المتن قوله: (أو مملوك) أي لها ويؤخذ مما ذكر من التخيير أنه لا يجبر على شراء أمة ولا على استئجار حرة بعينها اه ع ش.

قوله: (أما الظاهرة) كقضاء الحوائج من السوق اه مغني قول المتن: (أو بالانفاق على من صحبتها الخ) يكفي في ذلك **التراضي** ويلزمه دفع ما تراضيا عليه ما دام **التراضي** لكن لو رجع عنه بعد مضي مدة بلا إنفاق فهل تستقر." (١)

"المكلف يعني من شأنه التكليف وإن كان صبيا فيكره إضافة رب إليه اه قوله: (وظاهر عليه) أي لفظة عليه في قولهم وعليه إراحته الخ قوله: (وأفتى القاضي الخ) عبارة النهاية ولو كلف رقيقه ما لا يطيقه أو حمل أمته على الفساد أجبر على بيع كل منهما أن تعين طريقا في خلاصه كما قيده به الاذرعي اه قوله: (أي القن) إلى قوله ويفرق بينهما في المغني قوله: (كما ثبت) أي عقد المخارجة قوله: (ويتصدق بجميع خراجهم) ومع ذلك بلغت تركته خمسين ألف ألف ومائتي ألف نهاية أي من الدراهم الفضة ع ش قوله: (كون القن) إلى قول المتن وهي في النهاية إلا قوله كالكتابة إلي ويؤخذ قوله: (وفضله) أي كسبه عن مؤنته الخ فلو لم يف كسبه بخراجه لم تصح مخارجته كما صرح به الماوردي وغيره مغني ونهاية قوله: (وما فضل الخ) عبارة النهاية والمغني فإن زاد كسبه على ذلك فالزيادة بر وتوسيع من سيده له ويجبر النقص في بعض الايام بال ز يادة في بعضها وقد علم أن مؤنته تجب حيث شرطت من كسبه أو من مال سيده اه قوله: (يتصرف فيه الخ) أي يجوز أن يتصرف

فيه وإن كان لا يملكه ومعلوم أن للسيد منعه منه وهو مصرح به رشيدي وع ش قوله: (ويشترط) كذا فيما اطلعت عليه من النسخ وحق المقام وبشرط قوله: (لانها عقد معاوضة) فاعتبر فيه **التراضي** كغيره نهاية ومغني قوله: (ومع ذلك لا تلزم الخ) عبارة المغني والاصل فيها الاباحة وقد يعرض لها عوارض تخرجها عن ذلك فهي جائزة من الطرفين اه قوله: (وأن صريحها خارجتك الخ) انظر وجه أخذ هذا وما بعده اه رشيدي قوله: (باذلتك عن كسبك الخ) قد يقال ما المعنى الثاني الغير المراد إذا لكناية ما يحتمل المراد وغيره اه سيد عمر وهو أي الولي وقوله منه أي من التبرع قوله: (اللهم الخ) عبارة النهاية نعم لو انحصر الخ قوله: (إلا إذا انحصر الخ) لا يخفى أنه قد يكون بحيث لو خارجه اكتسب ذلك القدر وإلا لم يمكن ا كتسابه إياه وهذه مصلحة يجوز اعتبارها وإن لم يتعذر بيعه بل قد يكون أصلح من بيعه سم على حج اه ع ش قوله: (أو شهر) إلى قوله نظير ما مر في النهاية إلا قوله وقد يشكل إلى وذلك وقوله حيث لا مانع قوله: (مثلا) أي أو سنة أو نحو ذلك على حسب اتفاقهما مغني ونهاية.

قوله: (لم يرد بيعها الخ) يعني أما إذا أراد ذلك حالا بأن كان شارعا في البيع في الاولى ومتعاطيا لاسباب الذبح في الثانية فلا يجب عليه العلف بمعنى أنه يحرم عليه البيع أو الذبح حتى يعلف اه رشيدي وقوله إنه يحرم الخ لعل لا سقطت من قلم الناسخ وأصله لا يحرم قول المتن: (علف دوابه) ويحرم تكليفها على الدوام ما لا تطيق الدوام عليه ولا يحل له ضربها إلا بقدر الحاجة قال الاذرعي هل يجوز الحرث على الحمر والظاهر أنه إن لم يضرها جاز إلا فلا اه وفي كتب الحنابلة وهو جار على القواعد أنه يجوز الانتفاع بالحيوان في غير ما خلق له كالبقر ل لركوب أو الحمل والابل والحمير للحرث وقوله صلى الله عليه وسلم بينما رجل يسوق بقرة إذ أراد أن يركبها فقالت إنا لم نخلق لذلك متفق عليه المراد أنه

---

(١) حواشي الشرواني، ٨/٣١٥

معظم منافعها ولا يلزم منه منع غير ذلك شرح م ر اه سم ومثل الضرب النخس حيث اعتيد به فيجوز بقدر الحاجة." (١)

"نهاية قوله: (فله الاخراج منه) وإن كانت إبله أعلى من غالب إبل البلد نهاية قوله: (فإن كانت إبله معيبة الخ) لعل هذا على ما في المنهاج أما على ما في الروضة فالقياس التخيير بين نوع إبله سليما وغالب إبل بلده فليتأمل سم عبارة الرشيدي هذا راجع لقول المتن ومن لزمته وله إبل فمنها خلافا لما يوهمه سياقه فإن كلام الزركشي إنما هو في المتن كما يعلم من كلام غير الشارح وكان على الشارح أن يقيد المتن بالسليمة كما قيد كلام الروضة ليتأتى مقابلته بكلام الزركشي والحاصل ان الزركشي يقول إنه متى كانت له إبل تعين عليه نوعها وإن كانت في نفسها معيبة ولا خفاء في ظهور وجهه لانه حيث كان المنظور إليه النوع فلا فرق بين كون إبله سليمة وكونها معيبة إذ ليس الواجب من عينها حتى يفترق الحال وظاهر أنه ينبغي القول بنظيره فيما إذا قلنا بما في الروضة من التخيير فمتى كان له إبل تخير بين نوعها وبين ال غ الب سواء كانت إبله سليمة أو معيبة فتأمل اه قوله: (ورده الزركشي الخ) ضعيف ع ش ومر آنفا عن الرشيدي ترجيحه وفاقا للشارح والمغني والنهاية قوله: (لانها بدل) إلى قول المتن والمرأة في النهاية إلا قوله على المعتمد عندهما وقوله خلافا لبعض الائمة قوله: (وظاهر كلامهم الخ) أي حيث قالوا ومن لزمته وله إبل فمنها الخ ووجهه ما أشار إليه بقوله لان الذي لزمه ذلك الخ ع ش.

قوله: (ويلزمه النقل الخ) عبارة المغني فيلزمه نقلها كما في زكاة الفطر ما لو تبلغ مؤنة نقلها مع قيمتها أكثر من ثمن المثل ببلد أو قبيلة العدم فإنه لا يجب حينئذ نقلها وهذا ما جرى عليه ابن المقري وهو أحسن من الضبط بمسافة القصر اه قوله: (فإن بعدت وعظمت المؤنة) لا يخفى أن هذين محترزان لقوله إن قربت المسافة وسهل النقل فالاول محترز الاول والثاني محترز الثاني فالمناسب عطف عظمت بأو لا بالواو فلعل الواو بمعنى أو أوان الال ف سقطت من الكتبة رشيدي قوله: (تخير الدافع) من الجاني أو العاقلة ع ش قوله: (فتعين إدخال الباء على مؤنة) بأن يقول بأن تزيد بمؤنتها وإنما كان اجراؤه على ظاهره متعذرا لاقتضائه أنه إذا لم تزد مؤنتها كلف إحضارها وإن زاد مجموع المؤنة وما يدفعه في ثمنها في محل الاحضار على قيمتها بموضع العزة ع ش قوله: (من غالب محله) أي إن لم يكن له إبل كما علم مما مر رشيدي قوله: (ومر قبيل فصل الشجاج الخ) غرضه بهذا تقييد المتن بأن محل تعيين الابل فيمن لم يلزمه أقل الامرين رشيدي قوله: (أو الارش) على القيمة قوله: (ولو أعلى) إلى قوله وقضية المتن في المغني إلا قوله ومحله إلى وقولهم قوله: (كذلك) أي كسائر إبدال المتلفات يغني عنه قوله أيضا قوله: (ومحله) أي جواز العدول **بالتراضي** قوله: (مما ذكر) أي من قدر الواجب الخ قوله: (محمول على هذا التفصيل) أي على معلومة الصفة هنا ومجهولتها في الصلح وهذا ا لحمل حسن مغني قوله: (حسا) أي بأن لم توجد في موضع يجب تحصيلها منه مغني

قوله: (وهو) أي ذلك الحديث وقوله وهو الخ أي وقضية كلام المصنف تخيير الجاني بين الذهب والدراهم وهو." (٢)

---

(١) حواشي الشرواني، ٨/٣٧٠

(٢) حواشي الشرواني، ٨/٤٥٥

"ويغتفر الجهل بقدر المبيع للضرورة اه سم ثم ساق عن شيخه البرلسي ما يؤيده ويوجهه قوله: (وقوله لي لا بد منه) خلافا لظاهر النهاية والمغني قوله: (فإن بين إلخ) جواب لو قوله: (من أنه لا يحتاج هنا إلخ) هذا قضية ما قدمنا آنفا عن المغني والروض عبارة سم قوله وما أوهمه كلام شارح الخ هذا الذي أوهمه كلام الشارح المذكور عبارتهم مصرحة به ثم قال بعد أن ساق ما قدمناه عن الروض ما نصه فانظر قوله في صورة التوكيل بثمن ويقتسماه فإنه ناص على ما أوهمه كلام ذلك الشرح إذ لا يحتمل أنه بين ثمن نفسه وثمن موكله وإلا فلا معنى مع ذلك لقوله ويقتسماه فهذا الايهام عين المنقول فتأمله اه.

قوله: (لو اختلط مثلي إلخ) عبارة المغني والنهاية ولو اختلطت دراهم أو دهن حرام بدراهمه أو بدهنه أو نحو ذلك ولم يتميز فميز قدر الحرام وصرفه إلى ما يجب صرفه فيه وتصرف في الباقي بما أراد جاز للضرورة كحمامة لغيره اختلطت بحمامه فإنه يأكله بالاجتهاد فيه إلا واحدة كما لو اختلطت تمرة غيره بتمره ولا يخفي الورع وقد قال بعضهم ينبغي للمتقي أن يجتنب طير البرج وبناءها اه قال ع ش قوله وصرفه الخ مفهومه أن مجرد التمييز لا يكفي في جواز تصرفه في الباقي ويمكن توجيهه بأنه باختلاطه به صار كالمشترك وأحد الشريكين لا يتصرف قبل القسمة والقسمة إنما تكون بعد التراضي وهو متعذر هنا فنزل صرفه فيما يجب صرفه فيه منزلة القسمة للضرورة اه." (١)

"محجورا عليه وهو ظاهر اه ع ش قوله: (وإن بطل نفع حصته بالكلية الخ) هل يأتي هذا التفصيل في نحو الثوب النفيس حتى لو كان لاحد الشريكين منه ما يبطل نفعه بالكلية بالقسمة والباقي للآخر أجيب الآخر فقط اه سم أقول قضية التعليل وكذا قضية جعل عشر الدار في المتن مثالا كما أشار إليه الشارح والنهاية وصرح به المغني وشرح المنهج أن التفصيل المذكور يجري فيه أيضا والله أعلم قول المتن: (دون عكسه) وهو عدم إجبار صاحب الباقي بطلب العشر صاحب القسمة اه مغني قوله: (لانه الخ) أي صاحب العشر الطالب للقسمة قوله: (إن ملك أو أحيا) المراد بالاحياء امكانه بأن يكون ما يلي الدار مواتا كما مر عن المغني ويأتي عن ع ش وهل المراد بالملك أيضا امكانه بأن يكون ما يليها ملكا لمن يظن أنه يسمح ببيع شئ منه أولا وقضية آخر كلام المغني المار آنفا نعم فليراجع قوله: (أجيب) أي فيأخذ ما هو بجوار ملكه ويجبر

شريكه على ذلك لان الفرض إن الاجزاء متساوية ولا ضرر عليه اه عليه حلبي عبارة ع ش وإذا أجيب فإذا كان الموات أو الملك في أحد جوانب الدار دون باقيها فهل يتعين إعطاؤه لما يلي ملكه بلا قرعة وتكون هذه الصورة مستثناة من كون القسمة إنما تكون بالقرعة أو لا بد من القرعة حتى لو خرجت حصته في غير جهة ملكه لا تتم القسمة أو يصور ذلك بما إذا كان الموات أو المملوك محيطا بجميع جوانب الدار فيه نظر ولا يبعد الاول للحاجة مع عدم ضرر الشريك حيث كانت الاجزاء متساوية اه قوله: (ويظهر أن يأتي الخ) مر آنفا عن الحلبي وع ش اعتماده قوله: (ما يأتي الخ) أي في شرح ويحترز عن تفريق حصة واحد قوله: (قال الماوردي) إلى المتن في النهاية إلا قوله ولو اقتسما إلى قال الشيخان وقوله قال ابن عجيل وما أنبه عليه قوله: (وكذا عكسه) أي قسمة البناء أو الغرس اه رشيدي قوله: (ولو اقتسما الشجر)

---

(١) حواشي الشرواني، ٩/٣٤٠

أي بالتراضي اه سيد عمر.
قوله: (فإن كان فيما خصهما) بأن يكون بعض أصل الشجرة في حصة واحد وبعضها الآخر في حصة الآخر اه سم وهذا التصوير غير متعين فإن الشجر في كلام الشارح اسم جنس فيشمل المتعدد أيضا بأن يكون في حصة كل منهما أصل شجرة للآخر بتمامه قوله: (فهل نكلفه) أي صاحب الشجر قوله: (لم تصح) لعله فيما إذا لم يرض الثالث بذلك كما يشعر به كلامه وإلا فما المانع من الصحة فليراجع قوله: (وإنما أجبر الخ) الاولى تقديم هذه المسألة على قوله قال الشيخان قوله: (وإنما أجبر الممتنع على قسمتها الخ) قال في الروض وشرحه أي والمغني وتقسم الارض مزروعة وحدها ولو إجبارا سواء أكان الزرع بذرا بعد أم قصيلا أم حبا مشتدا لانه في الارض بمنزلة القماش في الدار بخلاف البناء والشجر لان الزرع أمدا بخلافهما أو مع الزرع قصيلا بتراض من الشركاء لان الزرع حينئذ معلوم مشاهد لا إجبار إلا الزرع وحده ولا معها وهو بذر بعد أو بعد بدو صلاحه فلا يقسم أن جعلناها إفرازا كما لو جعلناها بيعا لانها في الاولى قسمة." (١)

"من التفريق.
قوله: (وأن يكون نصيبه الخ) لعل هذا هو السبب في أخذ ذلك وذكره وإلا فلا فائدة في ذكره هذه المسألة مع قطع النظر عن ذلك لان قاعدة هذه القسمة الاجبار عليها كما تقدم وهل المراد هنا القسمة بلا قرعة لئلا تخرج لقرعة نصيبه إلى غير جهة أرضه وسيعلم مما يأتي أن القسمة قد تكون بلا قرعة بأن يتراضيا على أن يأخذ أحدهما هذا والآخر الآخر اه سم ومر قبيل الفرع عن ع ش ما يوافقه قوله: (ليتصلا) أي نصيبه وأرضه ففيه تغليب المذكر على المؤنث قوله: (وقد يشمله) عبارة النهاية كما قد يدل على ذلك اه قوله: (ولو عرضا في الطول) عبارة النهاية ولو طولا اه قوله: (قبل البناء أو بعد الهدم) أي للدار الخاصة به مثلا ومراده بهذا تصوير انتفاعه بما يخرج له وإن كان قليلا اه رشيدي قوله: (فإن كان نصيب كل) أي من المتفقين.
قوله: (لكن هذا مردود بأنه الخ) كأنه لان القسمة لم ترفع العلقة بالكلية اه سم قوله: (بخلاف ما مر) أي آنفا قوله: (لو كان نصف الدار) إلى التنبيه في المغني والروض مع شرحه قوله: (وحينئذ فلكل من الخمسة القسمة تبعا له الخ) قضيته أنه لكل من الباقين فيما مر آنفا القسمة تبعا للمتفقين وإن كان نصيبه لا ينتفع به
بعادة الارض قوله: (لم يجب أحدهم للقسمة) عبارة المغني والروض ثم طلب واحد منهم القسمة لم يجبر الباقون عليها اه قوله: (أو كانت الدار لعشرة الخ) هذا موافق لما قدم آنفا من قولهم لو أراد جمع الخ إلا أن ما هنا مطلق يشمله ويشمل ما قدمه عن بحث بعضهم فيتأيد به ذلك البحث فليراجع قوله: (كما كانوا ينتفعون به قبل القسمة) ولم يعتبروا مطلق الانتفاع لعظم التفاوت بين أجناس المنافع إسنى ومغني قوله: (مما ذكره) أي المصنف قوله: (في حالتي تساوي الاجزاء الخ) أي الانصباء قوله: (فيما يظهر) عبارة النهاية كما يظهر من اطلاقهم اه قوله: (على أن هذه القسمة إفراز) أي بناء على ما يأتي من أن قسمة الاجزاء بالاجبار والتراضي إفراز للحق في الاظهر قوله: (وبهذا) أي بقوله لا بيع

---

(١) حواشي الشرواني، ١٠/١٩٩

الخ قوله: (لا يجوز فيها في الربوي أخذ أحد أكثر من حقه) عبارة النهاية امتنع ذلك في الربوي إذ لا يجوز لاحد أخذ زائد على حقه فيه اه قوله: (فيأتي فيه هنا) أي في الربوي المنقسم قسمة بيع قوله: (جميع ما مر الخ) عبارة المغني في شرح وقسمة الاجزاء إفراز الخ وحيث قلنا القسمة بيع ثبت فيها أحكامه من الخيار والشفعة وغيرهما إلا أنه لا يفتقر إلى لفظ بيع أو تمليك وقبول ويقوم الرضا مقامهما فيشترط في الربوي التقابض في المجلس وامتنعت في الرطب والعنب وما عقدت النار أجزاءه ونحو ذلك كما علم من باب الربا وإن قلنا هي إفراز جاز لهم ذلك ويقسم الرطب والعنب في الافراز ولو كانت قسمتهما على الشجر خرصا لا غيرهما من سائر الثمار فلا يقسم على الشجر لان الخرص لا يدخله وتصح الاقالة في قسمة هي بيع لا إفراز اه وفي الروض مع شرحه ما يوافقه قوله: (ثم رأيت الخ) الاسبك تقديمه على قوله وتصح قسمة الافراز قوله: (ثم رأيت الامام نقل عن الاصحاب الخ) عبارة النهاية وقد نقل الامام عن الاصحاب إنهما لو تراضيا بالتفاوت جاز وما نازعهم به من أن الوجه الخ مردود اه قوله: (مما ذكرته) فيه أن ما ذكره مجرد حكم بلا دليل مثل ما هنا قوله: (وهو صريح الخ) ويدفع دعوى." (١)

"الصراحة بأنه ساكت عن التفاوت قوله: (النوع الثاني) إلى قوله وفيه نظر في المغني إلا قوله فعلم إلى المتن وقوله كما بحثه الشيخان إلى المتن وإلى قوله ووقع لجمع في النهاية إلا قوله وسبقهما إلى ولا بمنع وقوله ومر إلى وكأنه وقوله وفيه نظر إلى وخرج وقوله واستحسنه إلى لكن وقوله هذا إلى ولمستأجري أرض وقوله أي حيث إلى وهل قول المتن: (الثاني بالتعديل) وهو قسمان ما يعد فيه المقسوم شيئا واحدا وما يعد فيه شيئين فصاعدا فأشار إلى الاول

بقوله كأرض الخ وإلى الثاني بقوله ولو استوت الخ اه مغني قوله: (مما يرفع الخ) كان يسقي أحدهما بالنهر والآخر بالناضح اه أسنى قوله: (كبستان الخ) لا يخفى ما في جعله مثالا لما قبلها عبارة المغني وشرح المنهج أو يختلف جنس ما فيها كبستان الخ وعبارة الروض وكذا بستان الخ قوله: (فيجعل) أي الثلث سهما وهما أي الثلثان سهما وأقرع كما مر مغني وشرح المنهج قوله **:** (إن كانت الخ) عبارة المغني وشرح المنهج إن كان أي الارض لاثنين نصفين اه قوله: (فإن اختلفت) أي الانصباء اه مغني قوله: (الممتنع منها) أي القسمة اه ع ش وعبارة المغني من الشركاء اه وإلى هذا يميل قول الشارح أي قسمة التعديل اه فتأمل قول المتن: (في الاظهر) ويوزع أجرة القاسم على قدر مساحة المأخوذ لا مساحة النصيب كما مرت الاشارة إليه مغني وروض قوله: (به) أي بالتساوي قوله: (لم يجبر عليها) أي قسمة التعديل قوله: (فيهما) أي الجيد والردئ وفي بعض النسخ فيها بضمير المؤنث أي في الارض المذكورة وعلى كل منهما فالاولى حذف قوله فلا يجبر على التعديل كما في المغني قوله: (في المنقسم) يعني فيما يمكن قسمته إفراز أو تعديلا أخذا من إظهاره في موضع الاضمار ثم رأيت ما يأتي قبيل قول المتن الثالث بالرد فلله الحمد قوله: (إذا لم يمكن الخ) مفهومه أن بقاء الاشاعة في نحو الطريق يمنع الاجبار عند إمكان الافراز.

قوله: (ولو اقتسما **بالتراضي** الخ) عبارة المغني والروض قبيل النوع الثالث ويجبر الممتنع على قسمة علو وسفل من دار أمكن قسمتها لا على قسمة أحدهما فقط أو على جعله لواحد والآخر لآخر واللبن بكسر الموحدة إن استوت قوالبه

---

(١) حواشي الشرواني، ١٠/٢٠٣

فقسمته قسمة المتشابهات وإن اختلفت فالتعديل اهفيأتي فيهما الاجبار إسنى قوله: (كما أفتى به بعضهم) عبارة النهاية كما هو ظاهر اه قوله: (ومر) أي في الفرع وقوله ما يصرح به أي بجواز تلك القسمة قوله: (وكأنه إنما لم ينظر لبقاء العلقة الخ) أي حيث قالوا بصحة القسمة مع بقاء الشركة في السطح ولم يقولوا بفسادها لوجود الشركة بعض المشترك اه ع ش وكتب عليه السيد عمر أيضا ما نصه لك أن تقول أن ما ذكر غني عن التوجيه لان الفرض أن القسمة **بالتراضي** وحينئذ فلا إشكال إذ من المعلوم كما هو ظاهر إنه لو كانت الدار مشتركة بين اثنين مناصفة فأرادا قسمة نصفها **بالتراضي** وبقاء النصف على الاشاعة لم تمتنع فليتأمل اه ومر آنفا عن المغني والروض ما يفيده قول المتن: (قيمة دارين أو حانوتين) أي مثلا لاثنين بالسوية فطلب أي كل من الشريكين اه مغني وعبارة الاسنى أحد الشريكين اه وهذه هي الصواب الموافق لقول الشارح الآتي فطلب أحدهما إذ لا معنى

لنفي الاجبار مع **التراضي** قول المتن: (فطلب جعل كل واحد) أي على الابهام بحسب ما تقتضيه القرعة كما لا يخفى اه رشيدي قول المتن: (جعل كل) أي من الدارين أو الحانوتين لواحد أي بأن يجعل له دارا أو حانوتا ولشريكه كذلك اه مغني قوله: (نعم لو أشتركا في دكاكين الخ) عبارة المغني ويستثنى من الدارين ما إذا كانت الداران لهما بملك القرية المشتملة عليهما وشركتهما بالنصف وطلب أحدهما قسمة القرية واقتضت القسمة نصفين جعل كل دار نصيبا فإنه يجبر على ذلك ومن الحانوتين ما إذا اشتركا الخ قال الجيلي ومحلهما إذا لم تنقص القيمة بالقسمة و إلا لم يجبر جزما اه قوله: (في دكاكين الخ) أي ونحوها شرح المنهج قوله: (صغار متلاصقة مستوية القيمة الخ) أي بخلاف نحو الدكاكين الكبار والصغار الغير الموصوفة بما ذكر فلا إجبار فيها وإن تلاصقت الكبار واستوت قيمتها لشدة اختلاف الاغراض باختلاف المحال والابنية كالجنسين اه شرح المنهج قوله: (أجيب) وينزل ذلك منزلة الخان المشتمل على البيوت والمساكن مغني وأسنى قوله." (١)

": (قال الجيلي الخ) أقره النهاية والمغني قوله: (وخرج بقوله كل لواحد الخ) عبارة شرح المنهج ومعلوم مما مر أي في القسمة بالاجزاء من قوله ودار متفقة الابنية الخ إنه لو طلبت قسمة الكبار غير أعيان أي بأن يقسم كل منها أجبر الممتنع اه بزيادة تفسير من البجيرمي قوله: (أو استوت) إلى قوله وعند **التراضي** في شرح المنهج إلا قوله متقوم وقوله وصنف وقوله أو صنفين وكذا في المغني إلا قوله أو ضأنتين إلى وكعبد قوله: (متقوم) الاولى تركه قوله: (نحو عبيد الخ) أي كدواب أو أشجار أو غيرها من سائر العروض اه مغني قوله: (وصنف) اقتصر شيخ الاسلام والمغني على النوع وقال البجيرمي أراد بالنوع الصنف بدليل ما ذكره في أمثلة النوعين لانه أصناف اه قوله: (كثلاثة أعبد) زنجية اه شرح المنهج قوله: (كذلك) أي قيمة قوله: (وكثلاثة يساوي الخ) بأن تكون قيمة أحدهم مائة والآخرين مائة اه مغني قوله: (إن زالت الشرك ة الخ) أما إذا بقيت الشركة في البعض كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما نصف فيمة الآخر فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس به ويبقى له ربع الآخر فإنه لا إجبار في ذلك مغني وروض وشيخ الاسلام قوله: (وكعبد وثوب) عبارة المغني والاسنى أو من جنسين كما فهم بالاول كعبد وثوب اهقوله: (فلا إجبار) أي في ذلك وإن

---

(١) حواشي الشرواني، ٢٠٤/١٠

اختلط وتعذر التمييز كتمر جيد ورديئ وإنما يقسم مثل هذا بالتراضي اه مغني قوله: (وعند التراضي الخ) متعلق بقوله قال الامام الخ قوله: (وعبر في الروض بما يصرح الخ) عبارته مع شرحه ويشترط في غير قسمة الاجبار وهو القسمة الواقعة بالتراضي من قسمة الرد وغيرها وإن تولاها منصوب الحاكم التراضي قبل القرعة وبعدها ولا يشترط في القسمة بيع ولا تمليك أي التلفظ بهما وإن كانت بيعا اه ومر عن المغني ما يوافقها قوله: (وهل يدخلها الاجبار وجهان) المعتمد لا كما يأتي وعليه فالقياس إنهما إذ ا لم يتراضيا على شئ آجرها الحاكم عليهما قطعا للنزاع اه ع ش قوله: (وهو ظاهر) وفاقا للروض وخلافا للبلقيني والمغني كما مر قوله: (بنحو وقف) أي كالوصية مغني وأسنى قوله: (أخذ مما مر الخ) أي في الفرع قوله: (كذلك) أي دائما.

قوله: (إن كانت إفراز الخ) كذا في النهاية وفيما بايدينا من نسخ الشارح بلا واو وهو في نسخة سم بالواو عبارته قوله وإن كانت إفراز أو تعديلا كذا بالواو وإن الخ كما ترى مع أن الاجبار لا يدخل غير الافراز والتعديل ثم هذا قد يدل على أن قسمة الشجر قد تكون إفرازا اه عبارة ع ش قوله إن كانت إفرازا أي بأن كانت مستوية الاجزاء اه وعبارة الرشيدي قوله إن كانت إفرازا أو تعديلا أي بخلاف ما إذا كان ردا إذ لا إجبار فيها اه قوله: (لانها) أي الشركة في منفعة الارض قوله: (وكما لا يضر الخ) عطف على قوله لانها الخ قوله: (المنفعة هنا) أي فيما إذا استحقا منفعة الارض بنحو وقف ق و له: (الوجهان السابقان) لعل مراده السابقان في كراء العقب أي بالزمان أو المكان وإن اختلفت الكيفية في الثاني وعبارة الروض تقسم المنافع مهايأة مياومة ومشاهرة ومسانهة وعلى أن يسكن أو يزرع هذا مكانا وهذا مكانا اه رشيدي قوله: (النوع الثالث) إلى قوله كذا قالوه في المغني إلا قوله وما تمكن قسمته إلى المتن وقوله ولهما الاتفاق إلى المتن وما أنبه عليه وإلى قوله وعليه فيظهر في النهاية إلا قوله وصوابه غير مراد وقوله لكن المعتمد إلى وقسمة الوقف وقوله ولارد إلى بخلاف وقوله أو فيها إلى سواء وقوله وهذه نظير مسألتنا وما أنبه عليه قوله: (أي كأن) يغني عن." (١)

"قوله: (ولا رد فيها الخ) سيأتي تصوير إفراز فيه رد اه سم قوله: (مطلقا) أي سواء كان فيها رد أم لا.

قوله: (أو فيها رد من المالك) عبارة الروض وشرحه أو إفراز وفيها رد من المالك اه ومن هنا يظهر أن الرد يتصور مع الافراز أيضا أي بأن يجعل الثلثان جزأ والثلث مع مال يضم إليه جزأ فيما إذا كان الاشتراك بالمناصفة وتقدمت الاشارة إلى إنه يتصور مع التعديل أيضا اه سم وتقدم عن الرشيدي أن جميع صور التعديل يتأتى فيه الرد قوله: (سواء أكان الخ) راجع لكل من منطوق الاستثناء ومفهومه قوله: (وفي شرح المهذب) عبارة النهاية في المجموع قوله لم تجز القسمة الخ فيه توقف إذ الظاهر ان لحم البدنة أو البقرة من المتشابهات فقسمته بالاجزاء ثم رأيته قال في باب الاضحية مانصه ثم يقتسمون اللحم بناء على إنها إفراز وهو ما صححه في المجموع وعلى إنها بيع يمتنع القسمة اه وعبارة المغني والنهاية هناك ولهم قسمة اللحم لان قسمته قسمة إفراز اه قوله: (وبين أربابه) عطف على قوله من الملك قوله: (يمتنع) الاولى التأنيث قوله: (مطلقا) أي إفراز أو بيعا اه ع ش قوله: (لان فيه) أي في تقسيم الوقف بين أربابه قوله: (تغيير الشرط) كان معنى ذلك إن مقتضى الوقف أن كل جزء لجميع الموقوف عليهم وعند القسمة يختص البعض بالبعض اه سم قوله: (نعم

---

(١) حواشي الشرواني، ١٠/٢٠٥

لا منع من مهايأة الخ) وكالمهايأة ما لو كان المحل صالحا لسكني أرباب الواقف جميعهم فتراضوا على أن كل واحد يسكن في جانب مع بقاء منفعة الوقف مشتركة على ما شرطه الواقف اه ع ش وتقدم عن المغني والروض مع شرحه ما يوافقه بزيادة بسط قوله: (وجزم الماوردي) إلى قوله وعليه الخ عبارة النهاية وشرح الروض قال البلقيني هذا إذا صدر الوقف من واحد على سبيل واحد فإن صدر من اثنين فقد جزم الماوردي بجواز القسمة كما تجوز قسمة الوقف عن الملك وذلك أرجح من جهة المعنى وأفتيت به اه وكلام هـ أي البلقيني متدافع فيما إذا صدر من واحد على سبيلين أو عكسه والاقرب في الاول بمقتضى ما قاله الجواز وفي الثاني عدمه اه وفي المغني ما يوافقها ويأتي في الشارح ما يخالفها قال الرشيدي قوله فإن صدر من اثنين

صادق بما إذا تعدد السبيل وبما إذا تحد فانظره مع قول الشارح الآتي أن كلامه متدافع في ذلك اه رشيدي قوله: (بأن الواقف لو تعدد الخ) واختلف الموقوف عليهم أيضا أخذا مما يأتي قوله: (من أحد الجانبين) أي صنفي الموقوف عليهم قوله: (مطلقا) أي بيعا أو إفرازا قوله: (يؤخذ من هذا) أي من الفرق قوله: (لاستلزامه) أي الرد قوله: (مطلقا) أي مع الرد وبدونه قوله: (ووقع لشيخنا في شرح الروض الخ) وفي سم بعد سوق عبارة شرح الروض المارة آنفا ما نصه وهو يفيد الجواز فيما إذا اتحد الواقف وتعدد الموقوف عليه والمنع في عكس ذلك وذلك عكس ما قاله الشارح اه ولعل الاقرب مدركا ما قاله الشارح دون شرح ا لروض وإن وافقه النهاية والمغني قوله: (والوجه ما قررته) خلافا للنهاية والمغني كما مر قول المتن: (ويشترط الخ) أي إذا كان هناك قرعة اه شرح المنهج ويأتي في الشارح ما يقيده قوله: (باللفظ) إلى قوله فحينئذ هما مسألتان في النهاية إلا لفظة قيل الثانية وقوله ومحله إلى وحاصل ما يندفع قول المتن: (بعد خروج القرعة) أي وقبله روض وشيخ الاسلام ومغني قوله: (فافتقر إلى التراضي بعده) أي كقبله شيخ الاسلام ومغني قول المتن." (١)

": (ولو تراضيا) أي الشريكان مثلا اه مغني قوله: (كقسمة تعديل الخ) الكاف استقصائية كما يفيده قوله الآتي فحينئذ فهما مسألتان الخ.

قول المتن: (اشترط الرضا الخ) وظاهر إنه لا بد أن يعلم كل منهما ما صار إليه قبل رضاه عناني اه بجيرمي وتقدم في شرح أو نوعين ما يفيده قوله: (فيما إذا كان هناك قرعة) سيذكر محترزه وكان الاولى تقديمه وكتابته عقب قول المصنف بعد خروج القرعة قوله: (وأما في غيرها) أي في قسمة الافراز إذا قسمت بالتراضي اه حلبي قوله: (ولا يشترط الخ) أي في القسمة مطلقا اه عميرة ويفيده كلام الشارح بعد قوله: (لفظ نحو بيع) الاولى القلب قوله: (نحو بيع) أي كتمليك اه مغني قوله: (على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبي الخ) أي في التعديل والافراز وقوله أو أحدهما الخسيس الخ أي في الرد فقط قوله: (فلا حاجة إلى تراض ثان) ويمتنع على كل منهما بعد ذلك طلب قسمة أخرى ويتعين له ما اختاره اه بجيرمي عن العزيزي قوله: (أما قسمة الاجبار الخ) عبارة المنهج مع شرحه وشرط لقسمة ما قسم بتراض من قسمة رد وغيرها ولو بقاسم يقسم بينهما بقرعة رضا بها بعد خروج القرعة فإن لم يحكما القرعة الخ أما قسمة ما قسم إجبارا فلا يعتبر فيها الرض لا قبل القرعة ولا بعدها اه باختصار بقي إنه ما المراد بجريان القسمة بالاجبار أو بالتراضي وقد أفاد

---

(١) حواشي الشرواني، ١٠/٢٠٧

ذلك الانوار بما نصه ولا يشترط الرض في قسمة الاجبار لا عند إخراج القرعة ولا بعدها وهي أن يترافعا للحاكم لينصب قاسما يقسم بينهما فيفعل ويقسم المنصوب ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما أو تقاسما بأنفسهما فيشترط **التراضي** بعد خروج القرعة ولا يكفي الروض الاول ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها اه ولما أجاب الجلال المحلي عن الاعتراض على قول المنهاج لا إجبار فيه بأن صوابه عكسه كما في المحرر بأن المراد ما انتفى فيه الاجبار مما هو محله وهو أصرح في المراد مما في المحرر قال شيخنا الشهاب البرلسي وذلك لان عبارة المحرر تصدق بما لو ترافعا للقاضي عن رضا منهما وسألاه أن يقسم بينهما قسمة إفراز أو تعديل فقسم بينهما وأقرع فإن إقراعه إلزام لهما لا يتوقف على رضا بعد ذلك كما أشار إليه الشارح في صدر الباب بخلاف عبارة المنهاج باعتبار التأويل المذكور هذا غاية ما ظهر لي وهو مراده إن شاء الله تعالى انتهى وقوله فإن اقراعه إلزام الخ لا ينافي قول شرح الروض ويشترط في القسمة الواقعة **بالتراضي** من قسمة الرد وغيرها وإن تولاها منصوب الحاكم **التراضي** قبل القرعة وبعدها اه لجواز حمله أي قول شرح الروض على تراضيهما بمنصوب الحاكم بدون ترافع للحاكم فيكون بمعنى قول الانوار السابق ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما فليتأمل اه سم ويأتي في بيان الاعتراضات على المتن الخ وفي شرح ولو ادعاه في قسمة تراض ما يؤيد قول الانوار بل يصرح." (١)

"المبعض بين سيدين لا تقدير للنوبتين في المهايأة وفي كتاب ابن كج أنه تجوز المهايأة يومين ويومين وثلاثة وثلاثة فإذا زادت كسنة وسنة ففي الجواز وجهان ذكره في باب الكتابة

٥٥٥ مسألة

حكى في باب الرهن وجها أنه لا حاجة إلى إذن الشريك في قسمة المتماثلات لأن قسمتها إجبار والمذهب أنه لا بد من مراجعته

خبايا الزوايا ج:١ ص:٤٦٤

٥٥٦ مسألة

للإمام في قسمة الغنيمة أن يخص بعض الغانمين ببعض الأنواع أو ببعض الأعيان ان اتحد النوع ولا يجوز هذا في سائر الأملاك المشتركة إلا **بالتراضي** ذكره في باب الزكاة قبيل أداء الزكاة

خبايا الزوايا ج:١ ص:٤٦٥

كتاب الشهادات

٥٥٧ مسألة

يشترط في الشاهد أن لا يكون محجورا عليه بالسفه قاله في الروضة في باب الوصية وتوقف في هذا الباب

---

(١) حواشي الشرواني، ٢٠٨/١٠

٥٥٨ مسألة
الكذبة الواحدة لا توجب الفسق ولهذا لو تخاصم رجلان في شيء وشهدا في حادثة تقبل شهادتهما وإن كان أحدهما كاذبافي ذلك التخاصم قاله في الباب الرابع من أبواب الرهن

خبايا الزوايا ج:١ ص:٤٦٦
٥٥٩ مسألة
من الكبائر قتل الصيد متعمدا وبهذا يمتنع أن يكون هو أحد الحكمين في هذه الحالة بخلاف ما إذا كان مخطئا ذكره في جزاء الصيد
٥٦٠ مسألة
قال في السيرومن الشعر المباح شعر المولدين الذي لايشبب فيه بالشخص ومن المكروه أشعار المولدين في الغزل والبطالة

خبايا الزوايا ج:١ ص:٤٦٧
٥٦١ مسألة
قال في التهذيب هل تقبل شهادة الشاهد بما لا يعتقده كالشافعي يشهد بشفعة الجوار فيه وجهان أظهرهما كما يقضي بخلاف ما يعتقده والثاني نعم لأنه مجتهد فيه والاجتهاد إلى القاضي لا إلى الشاهد
قلت الأصح القبول انتهى ذكره في الروضة تبعا للشرح بعد العاشر

خبايا الزوايا ج:١ ص:٤٦٨." (١)

" قوله : (كما لو قال أنت طالق إلخ) لو قال في هذا المثال فقبلت بألفين لكان أنسب في توجيه هذا القول فليتأمل . قوله : (ولو قالت طلقني إلخ) مثله كما في الشرح الكبير إن طلقتني غدا فلك ألف في اشتراط الفور . قوله : (وزاد بتعجيله) نازع البلقيني في ذلك وقال كيف تطلق قبل الغد ، وقد يكون غرضها بقاء العصمة إليه واستمرار حقوقها . قوله : (وقيل في قول بالمسمى) أي ويكون الخلع صحيحا ، وهو ما في الوجيز وهناك قول آخر بدل المسمى ، وهو مع قول مهر المثل مفرعان على فساد الخلع ، ولذا قال الزركشي الصواب تعبير المنهاج ببدل المسمى ، لأن القولين من الطريقة الثانية مفرعان على فساد الخلع ، وأما لزوم المسمى فإنه إنما يتفرع على صحته . قوله : (ووجه القطع إلخ) قريب منه قول غيره لأنه سلم في الطلاق وهو لا يثبت في الذمة قوله : (فإن اتهمته حلف) قال الزركشي لأنها لو سألته إيقاع الطلاق ناجزا بعضو ، فطلقها ثم قال لم أرد جوابها بل الابتداء صدق بيمينه فهنا أولى .

---

(١) خبايا الزوايا . للزركشي، ص/٩١

. قوله : (إلى اشتراط اتصال القبول) لك أن تبحث فيه بأن الذي في حيز الفاء القبول ، والدخول المعطوف عليه بالواو فيكون التعقيب في جملة ذلك لا في القبول فقط ، كما قيل بمثل ذلك في قوله تعالى ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا ﴾ إلخ . ردا على ضعيف زعم أن الفاء تفيد سبق غسل الوجه على غيره وقس عليه باقي الأعضاء . قوله : (بالمسمى) اقتضت عبارته عدم التردد في كون إيجاب المسمى وجها والذي في المحرر كما قاله الزركشي أن الواجب مهر المثل ، أو المسمى وفيه وجهان أو قولان من هنا تعلم أن الخلع يصح تعليقه ، نعم لو كان الأجل مجهولا فالظاهر وجوب مهر المثل . قوله : (وهو في المسمى وجه) أي أما على وجوب مهر المثل فيسلم حالا بلا خلاف هذا مراده فيما يظهر . قوله : (وجوب تسليمه في الحال) لأن الأعواض المطلقة يجب تسليمها في الحال والمعوض تأخر **بالتراضي** لوقوعه في التعليق بخلاف المنجز يجب فبه تقارن العوضين كذا في شرح المنهج والذي في الزركشي لأن الأعواض المطلقة يجب

---

(١) ".

" تسليمها في الحال والمعوض لا يتأخر **بالتراضي** ، وهذا تحريف فقد رأيت المسألة في الشرح الكبير ، كما قاله شيخنا ثم نقل عن الإمام أنه قال لا خلاف في أن المال لا يثبت في ذمتها ما لم تتحقق الصفة ، فإن الطلاق يقع عند وجودها ويستحق ثبوت المال مقدما على حصول الفراق ، قال أعني الزركشي وهذا هو الوجه فإن ملك العوضين وقت الحكم وقت واحد كما صرح به الرافعي في مواضع . قوله : (ويصح اختلاع أجنبي إلخ) يؤخذ من هذا جواز بذل المال لإسقاط الحق من الوظيفة ، وإن توقف الاستحقاق على تقرير الناظر . قوله : (وحكما) يستثنى ما لو قال الأجنبي طلقها على هذا المغصوب أو الخمر أو عبد زيد فطلق ، فإنه يقع رجعيا بخلاف نظير ذلك في المرأة وما لو سأل الأجنبي الطلاق في الحيض فإنه حرام بخلاف خلعها فيه ، ثم قضية التشبيه أنه يشترط الفور ، وإن علق الأجنبي بمتى ونحوها . قوله : (لشوب التعليق) فيه نظر و الصواب لشوب المعاوضة . قوله : (حيث نوى الخلع له) مثله ما لو طلق وكيلها . قوله : (أو باستقلال) صورته خالعتك على عبدها لنفسي ، أو عني أو نحوه أو خالعتك على ثوبها عني لكن لك أن تقول قد قالوا في تصريح الأجنبي بالغصب ، إنه رجعي اللهم إلا أن يفرق بين الأب والأجنبي ، أو تصور مسألة الأب بما لو قال خالعتك على هذا ولم يصفه بأنه لها لكن كلام المتن ، والشرح أعم منه خصوصا قول الشارح الآتي مقتصرا على ذلك فإنه يعين التصوير الأول ، والأحسن بل المتعين التزام التصوير الأول وأن تقول محل الرجعي في الأجنبي ، إذا قال من مالها أو بهذا العبد المغصوب ولم يقل عني أو لنفسي ، وإلا فيقع بائنا

---

(١) حاشية عميرة، ٣٢١/٣

". (١)

" على القول بعدم الوجوب ، قوله : (لم يجز) قال العلماء لما كانت العدة لا تسقط **بالتراضي** فكذا توابعها مما فيه حق لله تعالى ، قوله : (مسكنهن) أي لا من حيث إنها مملوكة لهن وإلا لما اختص الحكم بالمطلقات . قوله : (وكذا بائن) روى مسلم عن ﴿ جابر رضي الله عنه قال طلقت خالتي سليمى فأرادت أن تجذ نخلها فزجرها رجل أن تخرج ، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بلى تجذي نخلك فإنك عسى أن تتصدقي أو تفعلي خيرا ﴾ قال الشافعي رضي الله عنه ونخيل الأنصار قريبة من منازلهم والجذ لا يكون إلا نهارا

". (٢)

" قول المتن : (تقويم) لو كان فيها خرص . قال الإمام فالقياس أن يكون كذلك لكن قال النووي في تصحيح التنبيه الصحيح الاكتفاء بواحد . قوله : (إلى واحد **بالتراضي**) . قال الماوردي والروياني ولا يقبل قول هذا الواحد لأنه غير نائب القاضي وكذا لا تقبل شهادته لأنه شاهد على فعل نفسه . . قول المتن : (فيعمل فيه إلخ) قال الزركشي هو كالمستثنى من شرط العدد . . قوله : (وزوجي خف) . قال ابن الأنباري العامة تخطئ بظن أن الزوج اثنان وليس ذلك في ألسنة العرب إذ كانوا لا يتكلمون بالزوج موحدا بل يقولون عندي زوجا حمام . قال الزركشي الحاصل أن الواحد هو الفرد فإن ضم إليه غيره من جنسه سمي كل واحد منهما زوجا قول المتن : (ولا يمنعهم) استئناف . قول المتن : (كسيف يكسر) مثال لما لا يمنعهم منه . . قول المتن : (صغيرين) قال هذا لأن الحمام مذكر . قوله : (. .

". (٣)

" المدارين بحصته من الأخرى . . قول المتن : (لا تمكن قسمته) قال الزركشي لا بد أن يزيد على هذا وما في الجانب الآخر لا يعادل ذلك إلا بضمن شيء آخر من خارج . قوله : (فيما يقابل المردود) أي وهو نصف البئر مثلا الذي قوبل بالمال الذي أخذ ممن سلمت له البئر ورد إلى شريكه ، قوله : (بيع) أي ولا ينافيه الإجبار كما في الحاكم يبيع مال الممتنع قهرا ، قول المتن : (في الأظهر) . قال الرافعي محل الخلاف إذا لم يقسما بأنفسهما متفاضلا وإلا فهو بيع قطعا قوله : (ولا يشترط فيها) أي في القسمة مطلقا . قول المتن : (ويشترط إلخ) أي ولو قسم بينهم الحاكم . تنبيه : هل خيارهم على الفور أم يمتد امتداد المجلس وجهان قول المتن : (بعد خروج القرعة ثم قوله الآتي أيضا بعد خروج القرعة) يفيدك أنهما لو اقتسما **بالتراضي** من غير قرعة لا يتوقف على تصريح برضا متأخر ، وبذلك صرح في

---

(١) حاشية عميرة، ٣/٣٢٢

(٢) حاشية عميرة، ٤/٥٦

(٣) حاشية عميرة، ٤/٣١٦

شرح المنهج . قوله : (أصرح في المراد) وذلك لأن عبارة المحرر تصدق بما لو ترافعا للقاضي عن رضا منهم وسألاه أن يقسم بينهما قسمة إفراز أو تعديل فقسم بينهما وأقرع فإن إقراعه إلزام لهما لا يتوقف على رضا بعد ذلك ، كما أشار إليه الشارح رحمه الله فيما سلف صدر الباب بخلاف عبارة المنهاج باعتبار التأويل المذكور هذا غاية ما ظهر لي وهو مراده إن شاء الله تعالى والله أعلم .

". (١)

"فصل إذا أحرز الغانمون الغنيمة، فينبغي للامام أن يعجل قسمتها، ويكره له التأخير من غير عذر، فإذا قسم، فكل من أصابه مال زكوي وهو نصاب، أو بلغ مع غيره من ملكه نصابا، ابتدأ من حينئذ حوله، ولو تأخرت القسمة بعذر أو غيره حولا، فإن لم يختاروا التملك، فلا زكاة، لانها غير مملوكة للغانمين، أو مملوكة ملكا في غاية من الضعف، يسقط بالاعراض. وللامام في قسمتها أن يخص بعضهم ببعض الانواع، أو بعض الاعيان إن اتحد النوع، ولا يجوز هذا في سائر القسم إلا بالتراضي، وإن اختاروا التملك، ومضى حول من وقت الاختيار، فإن كانت الغنيمة أصنافا، فلا زكاة، سواء كانت مما تجب الزكاة في جميعها أو بعضها، لان كل واحد لا يدري ما يصيبه وكم يصيبه، وإن لم يكن إلا صنف زكوي، وبلغ نصيب كل واحد نصابا، فعليهم الزكاة، وإن بلغ مجموع أنصبائهم نصابا، وكانت. ماشية، وجبت الزكاة وهم خلطاء، وكذا لو كانت غير ماشية وأث‌بتنا الخلطة فيه، ولو كانت أنصباؤهم تتم بالخمس نصابا، فلا زكاة عليهم، لان الخلطة مع أهل الخمس لا تثبت، لانه لا زكاة فيه بحال، لانه لغير معين، فأشبه مال بيت المال، والمساجد، والربط. هذا حكم الغنيمة على ما ذكره الجمهور من العراقيين، والخراسانيين، وهو المذهب، ولنا وجه قطع به في التهذيب: أنه لا زكاة قبل إفراز الخمس بحال، ووجه: أنه تجب الزكاة في حال عدم اختيار الملك، وقال إمام الحرمين والغزالي: إن قلنا: الغنيمة لا تملك قبل القسمة، فلا زكاة، وإن قلنا: تملك، فثلاثة أوجه. أحدها: لا زكاة، لضعف الملك، والثاني: تجب، لوجود الملك، والثالث: إن كان فيها ما ليس زكويا فلا زكاة، وإلا وجبت. فصل إذا أصدقها أربعين شاة سائمة بأعيانها، لزمها الزكاة إذا تم حولها من." (٢)

"فقال المشتري: تملكت، أو قال البائع: ملكتك. فقال: اشتريت، صح، لان المعنى واحد. فرع المعاطاة، ليست بيعا على المذهب. وخرج ابن سريج قولا من الخلاف في مصير الهدي منذورا بالتقليد: أنه يكتفى بها في المحقرات، وبه أفتى الروياني وغيره. والمحقر، كرطل خبز وغيره، مما يعتاد فيه المعاطاة. وقيل: هو ما دون نصاب السرقة. فعلى المذهب في حكم المأخوذ بالمعاطاة، وجهان. أحدهما: أنه إباحة لا يجوز الرجوع فيها، قاله القاضي أبو الطيب. وأصحهما: له حكم المقبوض بعقد فاسد، فيطالب كل واحد صاحبه بما دفعه إن كان باقيا، أو بضمانه إن تلف. فلو كان الثمن الذي قبضه البائع مثل القيمة، قال الغزالي في الاحياء: هذا مستحق ظفر بمثل حقه، والمالك راض، فله

---

(١) حاشية عميرة، ٣١٨/٤

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥٧/٢

تملكه لا محالة. وقال الشيخ أبو حامد: لا مطالبة لواحد منهما، وتبرأ ذمتهما **بالتراضي**، وهذا يشكل بسائر العقود الفاسدة، فإنه لا براءة وإن وجد **التراضي**. وقال مالك رضي الله عنه: ينعقد بكل ما يعده الناس بيعا، واستحسنه ابن الصباغ. قلت: هذا الذي استحسنه ابن الصباغ، هو الراجح دليلا، وهو المختار، لانه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الالفاظ. وممن اختاره: المتولي والبغوي وغيرهما. والله أعلم. فرع لو قال: بعني، فقال: بعتك. إن قال بعده: اشتريت، أو قبلت، انعقد قطعا، وإلا، انعقد على الاصح. وقيل: على الاظهر. وقيل: ينعقد قطعا. ولو قال: اشتر مني، فقال: اشتريت، قال في التهذيب: هو كالصورة السابقة. وقال بعضهم: لا ينعقد قطعا. ولو قال: أتبيعني عبدك بكذا، أو قال: بعتني بكذا، فقال: بعت، لم ينعقد، حتى يقول بعده: اشتريت. وكذا لو قال البائع: أتشتري داري ؟ أو اشتريت مني ؟ فقال: اشتريت، لا ينعقد حتى يقول بعده: بعت. فرع كل تصرف يستقل به الشخص، كالطلاق والعتاق والابراء، ينعقد." (١)

"بالكناية مع النية كانعقاده بالصريح. وما لا يستقل به، بل يفتقر إلى إيجاب وقبول، ضربان أحدهما: ما يشترط فيه الشهادة كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل الاشهاد، فهذا لا ينعقد بالكناية، لان الشاهد لا يعلم النية. والثاني: ما لا يشترط فيه، وهو نوعان. أحدهما: ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر، كالكتابة، والخلع، فينعقد بالكناية مع النية. والثاني: ما لا يقبل، كالبيع والاجارة وغيرهما. وفي انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية، وجهان. أصحهما: الانعقاد كالخلع. ومثال الكناية في البيع، أن يقول: خذه مني، أو تسلمه بألف، أو أدخلته في ملكك، أو جعلته لك بكذا وما أشبهها. ولو قال: سلطتك عليه بألف، ففي كونه كناية وجهان. أحدهما: لا، كقوله: أبحتكه بألف. قلت: الاصح: أنه كناية. والله أعلم. فرع لو كتب إلى غائب بالبيع ونحوه، ترتب ذلك على أن الطلاق، هل يقع بالكتب مع النية ؟ إن قلنا: لا، ف ه ذه العقود أولى أن لا تنعقد، وإلا، ففيها الوجهان في انعقادها بالكنايات. فإن قلنا: تنعقد، فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب على الاصح. قلت: المذهب: أنه ينعقد البيع بالمكاتبة لحصول **التراضي**، لا سيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة. وقد صرح الرافعي بترجيح صحته بالمكاتبة في كتاب الطلاق، وستأتي هذه المسائل كلها مبسوطة فيه إن شاء الله تعالى. واختار الغزالي في الفتاوى: أنه ينعقد، قال: وإذا قبل المكتوب إليه، ثبت له خيار المجلس، ما دام في مجلس القبول، ويتمادى خيار الكاتب أيضا إلى أن ينطع خيار المكتوب إليه، حتى لو علم أنه رجع عن الايجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه، صح رجوعه، ولم ينعقد البيع. والله أعلم. ولو تبايع حاضران بالمكاتبة، فإن منعناه في الغيبة، فهنا أولى، وإلا، فوجهان. وحكم الكتب على القرطاس، والرق، واللوح، والارض، والنقش على الحجر والخشب، واحد، ولا أثر لرسم الاحرف على الماء والهواء. قال بعض أصحابنا تفريعا على صحة البيع بالمكاتبة.." (٢)

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥/٣

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٦/٣

"المجلس، أم لا. ولو مات المشتري بين الايجاب والقبول، ووارثه حاضر، فقبل، فالاصح: المنع. وقال الداركي: يصح. فرع يشترط موافقة القبول الايجاب. فلو قال: بعت بألف صحيحة، فقال: قبلت بألف قراضة، أو بالعكس. أو قال: بعت جميع الثوب بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة، لم يصح. ولو قال: بعتك هذا بألف، فقال: قبلت نصفه بخمسمائة، ونصفه بخمسمائة، قال في التتمة: يصح العقد، لانه تصريح بمقتضى الاطلاق، وفيه نظر. وفي فتاوى القفال: أنه لو قال: بعتك بألف درهم، فقال: اشتريت بألف وخمسمائة، صح البيع، وهو غريب. فرع لو قال المتوسط للبائع: بعت كذا ؟ فقال: نعم، أو بعت. وقال للمشتري: اشتريت بكذا ؟ فقال: نعم، أو اشتريت، انعقد على الاصح، لوجود الصيغة **والتراضي**. والثاني: لا، لعدم تخاطبهما. فرع لو قال: بعتك بألف، فقال: قبلت، صح قطعا، بخلاف النكاح، يشترط فيه على رأي أن يقول: قبلت نكاحها، احتياطا للابضاع. ولو قال: بعتك بألف إن شئت، فقال: اشتريت، انعقد على الاصح، لانه مقتضى الاطلاق.." (١)

"وهو أن يأخذ شيئا ليشتريه، فيجئ إليه غيره ويقول: رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن، أو يقول لمالكه: استرده لاشتريه منك بأكثر. وإنما يحرم بعد استقرار الثمن. فأما ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب، فلغيره الدخول عليه والزيادة فيه. وإنما يحرم، إذا حصل **التراضي** صريحا. فإن لم يصرح، ولكن جرى ما يدل على الرضى، ففي التحريم وجهان. أصحهما: لا يحرم. فإن لم يجر شئ، بل سكت، فالمذهب: أنه لا يحرم، كما لو صرح بالرد. وقيل: هو على الوجهين. ويحرم أن يبيع على بيع أخيه، وأن يشتري على شراء أخيه. فالبيع على بيع أخيه، أن يقول لمن اشترى سلعة في زمن خيار المجلس أو الشرط: افسخ لابيعك خيرا منه، أو أرخص. والشراء على شرائه أن يقول للبائع: افسخ لاشتريه منك بأكثر. وشرط القاضي ابن كج في البيع على البيع، أن لا يكون المشتري مغبونا غبنا مفرطا. فإن كان، فله أن يعرفه ويبيع على بيعه، لانه ضرب من الن صيحة. قلت: هذا الشرط انفرد به ابن كج، وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث، والمختار: أنه ليس بشرط. والله أعلم. ولو أذن البائع في بيعه، ارتفع التحريم على الصحيح.

فصل يحرم النجش، وهو أن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع وهو." (٢)

"الرؤية، فهذا البيع من صور الاستثناء. السادسة: إن باع بشرط نفي خيار المجلس، فثلاثة أوجه سنذكرها قريبا إن شاء الله تعالى. أحدها: يصح البيع والشرط. فعلى هذا، تكون هذه الصورة مستثناة، هذا حكم المبيع بأنواعه. ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة، ولا في الابراء، ولا في الاقالة إن قلنا: إنها فسخ، وإن قلنا: إنها بيع، ففيها ا لخيار. ولا يثبت في الحوالة إن قلنا: إنها ليست معاوضة، وإن قلنا: معاوضة، فكذا أيضا على الاصح، لانها ليست على قواعد المعاوضات. ولا يثبت في الشفعة للمشتري، وفي ثبوته للشفيع، وجهان. فإن أثبتناه، فقيل: معناه: أنه بالخيار بين الاخذ والترك ما دام في المجلس مع تفريعنا على قول الفور. قال إمام الحرمين: هذا غلط، بل الصحيح: أنه على الفور. ثم له

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٣/٨

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٣/٨١

الخيار في نقض الملك ورده. ومن اختار عين ماله لافلاس المشتري، فلا خيار له، وفي وجه ضعيف: له الخيار، ما دام في المجلس. ولا خيار في الوقف كالعتق، ولا في الهبة إن لم يكن ثواب. فإن كان ثواب مشروط، أو قلنا: يقتضيه الاطلاق، فلا خيار أيضا على الاصح، لانه لا يسمى بيعا، والحديث ورد في المتبايعين. ويثبت الخيار في القسمة، إن كان فيها رد، زإلا، فإن جرت بالاجبار، فلا خيار، وإن جرت **بالتراضي**، فإن قلنا: إنها إقرار، فلا خيار، وإن قلنا: بيع، فكذا على الاصح. النوع الثاني: العقد الوارد على المنفعة. فمنه: النكاح، ولا خيار فيه، ولا خيار في الصداق على الاصح. فإن." (١)

"بيعها لتوقع زيادة راغب، أيهما يجاب ؟ وجهان. أصحهما: الوارث. وفي تعلق حق الغرماء بزوائد التركة، كالكسب والنتاج، خلاف مبني على أن الدين يمنع الارث، أم لا ؟ إن منع، تعلق، وإلا، فلا. قلت: سواء تصرف الوارث في جميع التركة أو في بعضها، ففيه الخلاف السابق، وسواء علم الوارث بالدين المقارن، أم لا، قاله الشيخ نصر المقدسي، لان ما يتعلق بحقوق الآدميين، لا يختلف به. والله أعلم.

الطرف الثاني : في جانب المرتهن، وهو مستحق لليد بعد لزوم الرهن، ولا تزال يده إلا للانتفاع كما سبق، ثم يرد إليه ليلا، وإن كان العبد ممن يعمل ليلا كالحارس، رد إليه نهارا. ولو شرطا في الابتداء وضعه في يد ثالث، جاز فإن شرطا عند إثنين، ونصا على أن لكل واحد منهما الانفراد بالحفظ، أو على أن يحفظاه معا في حرر، اتبع الشرط. وإن أطلقناه، فوجهان. أصحهما: ليس لاحدهما أن ينفرد بالحفظ. كما لو أوصى إلى رجلين، أو و كل رجلين في شئ لا يستقل أحدهما، فعلى هذا يجعلانه في حرز لهما. والثاني: يجوز الانفراد لئلا يشق عليهما، فعلى هذا إن إتفقا على كونه عند أحدهما، فذاك، وإن تنازعا والرهن مما ينقسم، قسم وحفظ كل واحد نصفه، وإلا حفظ هذا مدة، وهذا مدة. ولو قسماه **بالتراضي** والتفريع على الوجه الثاني، فأراد أحدهما أن يرد ما في يده على صاحبه، ففي جوازه وجهان. قلت: قطع صاحب التهذيب بأنه لا يجوز. والله أعلم. فرع إذا أراد الذي وضعاه عنده الرد، رده إليهما، أو إلى وكيلهما، فإن كانا غائبين ولا وكيل، فهو كرد الوديعة، وسيأتي إن شاء الله تعالى. وليس له دفعه إلى أحدهما بغير إذن الآخر، فإن فعل ضمن واسترد منه إن كان باقيا، وإن تلف في يد المدفوع إليه، نظر، إن دفعه إلى الراهن، رجع المرتهن بكمال قيمته وإن زادت على حقه، ليكون رهنا مكانه، ويغرم من شاء من العدل والراهن، والقرار على الراهن، وإن دفع إلى المرتهن، ضمنا، والقرار على المرتهن، فإن كان الدين حالا وهو من جنس القيمة، جاء الكلام في التقاص، وإن غصب المرتهن الرهن من يد العدل، ضمن. فلو رده إليه برئ. وقيل: لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك، أو." (٢)

"فرع إذا ملك الشفيع، امتنع تصرف المشتري، فلوطلبه ولم يثبت الملك بعد، لم يمتنع، وفيه احتمال للامام، لتأكد حقه بالط. وفي نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن، وجهان. أصحهما: المنع كالمشتري.

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ١٠٢/٣

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٣٢٦/٣

والثاني: الجواز، لانه قهري كالارث. ولو ملك بالاشهاد أو بقضاء القاضي، لم ينفذ تصرفه قطعا، وكذا لو ملك برضى المشتري بكون الثمن عنده. فرع في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره، طريقان. أصحهما: أنه على قولي بيع الغائب، إن منعناه، لم يتملكه قبل الرؤية، وليس للمشتري منعه من الرؤية، وإن صححناه، فله التملك. ثم قيل: خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس. وقيل: يثبت قطعا، لان خيار المجلس يبعد ثبوته لاحد الجانبين، بخلاف خيار الرؤية. قلت: هذا الثاني، أصح، وصححه الامام. والله أعلم والطريق الثاني: القطع بالمنع وإن صححنا بيع الغائب، لان البيع جرى **بالتراضي**، فأثبتنا الخيار فيه، وها هنا الشفيع أخذ من غير رضى المشتري، فلا يمكن إثبات الخيار فيه. فلو رضي المشتري أن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار، فعلى قول الغائب. وإذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار، فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن وإقباض المبيع حتى يراه، ليكون على ثقة منه. فرع للشفيع الرد بالعيب. ولو أفلس وكان المشتري سلم إليه الشقص راضيا بذمته، فله الاسترداد.." (١)

"رجوع الاول على المشتري، فيسترد منه كل الثمن، ورجوع الثاني على الاول، فيسترد منه النصف، ورجوع الثالث على الاول والثاني، يسترد من كل ما دفع إليه، وهذا أصح، ورجح العراقيون، الاول. وقال المتولي: هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجرة، ونقص قيمة الشقص. فأما الثمن، فكل فيسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف. الثاني: أخذ الحاضر جميع الشقص، فوجده معيبا فرده، فحضر الثاني وهو في يد المشتري، فله أخذ الجميع. الثالث: ما يستوفيه الاول من المنافع، ويحصل له من الاجرة والثمرة، يسلم له، فلا يزا حمه فيه الثاني والثالث على الاصح، وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما يحصل له بعد المناصفة، كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها. الرابع: أخذ الاول كل الشقص وأفرزه، بأن أتى الحاكم فنصب قيما في مال الغائبين، فاقتسما، وبنى فيه، أو غرس ثم رجع الغائبان، هل لهما القلع ؟ وجهان. أصحهما: لا، كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري وغراسه مجانا. والثاني: نعم، لانهما يستحقان كاستحقاق الاول، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما، بخلاف الشفيع مع المشتري. الخامس: إذا حضر اثنان فأخذا الشقص، واقتسما مع القيم في مال الغائب، ثم قدم (الغائب)، فله الاخذ وإبطال القسمة، فان عفا، استمرت القسمة. السادس: أخذ اثنان، فحضر الثالث، وأراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما ولا يأخذ من الثاني شيئا، فله ذلك، كما للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الآخر. السابع: أخذ الاول الجميع، فحضر الثاني وأراد أخذ الثلث فقط، فله ذلك على الاصح، لانه لا يفرق الحق على الاول. فان أخذ الثلث على هذا الوجه، أو **بالتراضي**، ثم حضر الثالث، نظر، إن أخذ من الاول نصف ما في يده، ولم يتعرض للثاني، فلا كلام، وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فله ذلك، لان حقه ثابت في كل جزء، ثم له أن يقول للاول: ضم ما معك إلى ما أخذته." (٢)

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٤/١٧٠

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٤/١٨٦

"مصالح العقد. وعلى هذا، في اشتراط تقديرها، وجهان. وعن رواية المزني في الجامع أنه لا بد من شرط النفقة في العقد مقدرة، لكن لم يثبتها الاصحاب. فصل هل يملك العامل حصته من الربح بالظهور كالمساقاة، أم لا يملك إلا بالقسمة ؟ قولان. أظهرهما عند الاكثرين: الثاني. فإن قلنا: بالظهور، فليس ملكا مستقرا، فلا يتسلط العامل على التصرف فيه، لان الربح وقاية لرأس المال. فلو اتفق خسران، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن. ولذلك نقول: إذا طلب أحدهما قسمة الربح قبل فسخ القراض، لا يجبر الآخر. فإذا أرتفع القراض والمال ناض واقتسماه، حصل الاستقرار وهو نهاية الامر. وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضا، فأخذه المالك واقتسما الباقي. وفي حصول الاستقرار بارتفاع العقد، ونضوض المال من غير قسمة، وجهان. أصحهما: نعم، للوثوق بحصول رأس المال، والثاني: لا، لان القسمة الباقية من تتمة عمل العامل. وإن كان المال عرضا، بني على خلاف يأتي إن شاء الله تعالى، في أن العامل هل يجبر على البيع والتنضيض ؟ إن قلنا: نعم، فالمذهب أنه لا استقرار، إذ لم يتم العمل، وإلا، فوجهان، كما لو كان ناضا. ولو اقتسما الربح **بالتراضي** قبل فسخ العقد، لم يحصل الاستقرار، بل لو حصل خسران بعده، كان على العامل جبره بما أخذ. وإذا قلنا: لا يملك إلا بالقسمة، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه، لانه وإن لم يملكه، فقد ثبت له حق التملك، ويقدم على الغرماء، لتعلق حقه بالعين، وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح، ويسعى في التنضيض ليأخذ منه حقه. ولو أتلف المالك المال، غرم حصة العامل، وكان الاتلاف كالاسترداد. فرع لو كان في المال جارية، لم يكن للمالك وطؤها، كان في المال ربح أو لم يكن. واستبعد الامام تحريم إذا لم يكن ربح. وإذا حرمنا، فوطئ، لم يكن فسخا للقراض على الاصح، ولا حد عليه. وأما المهر، فسنذكره إن شاء الله تعالى. ولو وطئها العامل، فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالما، وإلا، فلا حد، ويؤخذ منه جميع المهر ويجعل في مال القراض. ولو استولد، لم تصر أم ولد إن قلنا: لا يملك بالظهور، وإلا، ثبت الاستيلاد في نصيبه، ويقوم عليه الباقي إن كان موسرا.." (١)

"الشجر طلع أو بلح، فللعامل نصيبه منها، وعلى المالك التعهد إلى الادراك. وإن حدث الطلع بعد المدة، فلا حق للعامل فيه. ولو ساقاه أكثر من سنة، ففي صحته الاقوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في الاجارة أكثر من سنة، فإن جوزناه، فهل يجب بيان حصة كل سنة، أم يكفي قوله: ساقيتك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة ؟ قولان، أو وجهان كالاجارة. وقيل: يجب هنا قطعا، لكثرة الاختلاف في الثمر، بخلاف المنافع، فلو فاوت بين الجزء المشروط في السنين، لم يصح على المذهب. وقيل: قولان كالسلم إلى آجال. ولو ساقاه سنين، وشرط له ثمرة سنة بعينها، والاشجار بحيث تثمر كل سنة، لم يصح. قلت: ولو ساقاه تسع سنين، وشرط له ثمرة العاشرة، لم يصح قطعا، وكذا إن شرط له ثمرة التاسعة على الصحيح. والله أعلم.

الركن الخامس : الصيغة، ولا تصح المساقاة بدونها على الصحيح. وفيها الوجه المكتفى في العقود **بالتراضي**، والمعاطاة، وكذا في القراض وغيره. ثم أشهر الصيغ: ساقيتك على هذه النخيل بكذا، أو عقدت معك عقد المساقاة. قال الاصحاب: وينعقد بكل لفظ يؤدي معناها، كقوله: سلمت إليك نخيلي لتتعهدها على كذا، أو اعمل على هذا النخيل، أو تعهد

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٤/٢١٥

نخيلي بكذا، وهذا الذي قالوه، يجوز أن يكون تفريعا على أن مثله من العقود ينعقد بالكناية، ويجوز أن يكون ذهابا إلى أن هذه الالفاظ صريحة، ويعتبر في المساقاة، لقبول قطعا، ولا يجئ فيها الوجه المذكور في القراض والوكالة، للزومهما. فرع لو عقدا بلفظ الاجارة، فقال: استأجرتك لتتعهد نخيلي بكذا من." (١)

"الباقي على سهام ورثتي بلا كسر، تعين الحمل على الصورة المذكورة على تسعة، وكانت الوصية بثلث المال. وإن عين مرتبة أخرى، تعينت. قال الامام: فإن أطلق الوصية بالجذر، ولم يقيد بشئ من ذلك، لكن أراد بالجذر ما يريده الحساب، فان كان ماله مقدرا بكيل، أو وزن، أو ذرع، كالارض، أو عدد، كالجوز، نزل عليه. ثم إن كان جذره مما ينطق به، فذاك، وإلا، فالقدر المتيقن يسلم للموصى له، والقدر المشكوك فيه، يفصل أمره **بالتراضي**. وإن لم يكن المال مقدرا بشئ من ذلك، كعبد وجارية، قوم ودفع جذر القيمة إلى الموصى له. ومنها: الوصية بجذر النصيب. فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم، قال الاستاذ: يجعل نصيب كل ابن عددا مجذورا، ثم يجمع أنصباء البنين، ويزاد عليها جذر نصيب أحدهم، فما بلغ صحت منه القسمة. فان جعلنا نصيب كل ابن واحدا، فأنصباؤهم ثلاثة، تزيد عليها واحدا، تبلغ أربعة تصح منها القسمة. وإن ج ع لنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها اثنين، تبلغ أربعة عشر تصح منها القسمة. ولو أوصى بجذري نصيب أحدهم، وفرضنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها جذري النصيب، تبلغ ستة عشر منها تصح القسمة. ولو أوصى بكعب نصيب أحدهم، جعلنا النصيب مكعبا، وجمعنا الانصباء، وزدنا عليها كعب نصيب. قال الامام: وليكن هذا الجواب فيما إذا تقيدت الوصية كما ذكرنا، أو فيما إذا قال السائل: كيف يصور عدد تصح منه الوصية والميراث ؟ فيجاب بأنه يمكن فيه وجوه. منها: كيت وكيت. أما إذا أطلق الوصية بجذر النصيب، فذكر فيه احتمالين. أظهرهما: أنه ينظر في حصة ابن من التركة، فيؤخذ جذره منطوقا به أو أصم، كما ذكرنا في جذر جميع المال، فيزاد على مسألة الورثة. والثاني: أنه ينظر في نصيب كل واحد من سهام المسألة، فيؤخذ جذره، ويزاد على مسألة الورثة. وعلى هذا، فنصيب كل ابن هنا واحد، فيزاد على ال سهام الثلاثة واحد، ويصير الحكم كما لو أوصى بنصيب أحدهم. ومنها: الوصية بجذر النصيب وجذر المال معا، فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم لزيد، وأوصى لعمرو بجذر جميع المال، فالمفهوم من كلام." (٢)

"وللاصحاب طريقان. أحدهما: إثبات قولين: وفي موضعهما وجهان: أحدهما: موضعهما إذا اتفقوا على ألف، واصطلحوا على أن يعبروا عن الالف في العلانية بألفين. أظهر القولين وجوب ألفين بجريان اللفظ الصريح بهما. والثاني: الواجب ألف عملا باصطلاحهما. والوجه الثاني: إثبات قولين مهما اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاء بقصدهم. قال الامام: وعلى هذه القاعدة تجري الاحكام المتلقاة من الالفاظ. فلو قال الزوج لزوجته: إذا قلت: أنت طالق ثلاثا، لم أرد به الطلاق، وإنما غرضي أن تقومي وتقعدي، وأريد بالثلاث واحدة، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك. وفي وجه: الاعتبار بما تواضعا عليه. ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الاتفاق في

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٢٣٣/٤

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٢٢٥/٥

السر، أهو مجرد التراضي والتواعد ؟ أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية ؟ منهم من يشعر كلامه بالاول ، ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان. قال البغوي: وخرج بعضهم من هذا، أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد، وقد سبق بيان هذا التخريج. والطريق الثاني وهو المذهب: تنزيل النصين على حالين، فحيث قال: المهر مهر السر، أراد إذا عقد في السر بألف، ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملا وهم متفقون على بقاء العقد الاول. وحيث قال: المهر مهر العلانية، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفا، ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية، فالمهر مهر العلانية لانه العقد. ونقل الحناطي وغيره في المسألة نصا ثالثا، وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى، وحملوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف، أو على أن لا يلزمه إلا أداء ألف. والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج، وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة.

السبب السادس : مخالفة الآمر لا يشترط في إذن المرأة حيث يعتبر إذنها تقدير المهر، ولا ذكره. لكن لو قدرت فقالت: زوجني بألف مثلا، فزوجها الولي أو." (١)

"الشرط الثاني: أن يكون المعقود على تعليمه قدرا في تعليمه كلفة، فإن لم يكن، بأن شرط تعليم لحظة لطيفة، أو قدر يسير وإن كان آية، كقوله تعالى: * (ثم نظر) * لم يصح الاصداق وهو كبيع حبة حنطة. الثانية: أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين للتعليم، ففي صحة الاصداق وجهان، كنظيره في الاجارة. أصحهما: الصحة. ولو نكحها على أداء شهادة لها عنده، أو نكح كتابية على أن يلقنها كلمة الشهادة، لم يصح الصداق، قاله البغوي. الثالثة: إذا كان الزوج لا يحسن ما شرط تعليمه، فإن التزم التعليم في الذمة، جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم ويعلمه. وإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه، فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها، أم لا يصح لعجزه ؟ وجهان. أصحهما: الثاني. ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها، لم يصح أيضا، لان العمل متعلق بعينه، والاعيان لا تقبل التأجيل. قال المتولي: فإن صححنا فأمهلته ليتعلم، فذاك، وإلا فهو معسر بالصداق. ول و أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها، جاز إن كان التزم في الذمة، وإلا فلا. ولو أرادت أن تقيم غيرها متعلما، فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره، أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ ؟ وجهان. أصحهما عند الجمهور: الثاني، وخالفهم الامام، ومنهم من جعل الخلاف في جواز الابدال مع التراضي. ولو فرض عقد مجدد، فأبدلت منفعة بمنفعة، جاز قطعا. الرابعة: أصدقها تعليم ولدها، لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها. وإن أصدقها تعليم غلامها، قال البغوي: لا يصح كالولد. وقال المتولي: يصح، وهذا أصح. ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان العبد، فشرطته صداقا، جاز. الخامسة: لو تعذر التعليم، بأن تعلمت من غيره، أو كانت بليدة لا تتعلم، أو لا تتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة، أو ماتت أو مات." (٢)

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥/٥٩٩

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥/٦٢٤

"وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ وجهان. أصحهما عند الامام والغزالي والروياني: نعم للعرف، وكالخلع على خمر، والثاني: لا لعدم الالتزام، فإن أثبتنا المال، فإن جعلناه فسخا أو صريحا في الطلاق أو كناية ونوى، وجب مهر المثل وحصلت البينونة. وإن جعلناه كناية ولم ينو، لغا، وإن لم يثبت المال عند الطلاق، فإن جعلناه فسخا، لغا، لان الفسخ **بالتراضي** لا يكون إلا بعوض، هكذا حكاه الامام وغيره عن الاصحاب، وذكروا أن مساق كلامهم أنه لو نفى العوض في الخلع، لم يصح الخلع على قول الفسخ، قال الامام: والقياس الحق صحته بلا عوض. وإن جعلناه طلاقا إما صريحا وإما كناية ونوى، فهو طلاق رجعي، وفي افتقاره إلى قبولها وجهان. أصحهما: لا يفتقر، صححه الامام وقطع به البغوي لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي، والوجهان فيما إذا قال: خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها. أما لو قال: خلعت أو خالعت، ولم يضمر التماس الجواب، فلا يفتقر إلى الجواب قطعا، كما لو قال: فارقتك. ولو نوى المال ولم يذكره وقلنا: مطلقه لا يقتضي مالا، فهل تؤثر النية في ثبوت المال ؟ وجهان يقربان من انعقاد البيع ونحوه بالكنايات. فإن قلنا: يؤثر، ثبت المال، ولا بد فيه من نيتها أيضا. وإن قلنا: لا تؤثر، فهل يقع الطلاق ويلغى منه المال، أم لا يقع، لانه نوى الطلاق على مال لا مطلقا ؟ وجهان. وفي فتاوى البغوي وجهان فيما لو اختلعت نفسها على بقية صداقها، فخالعها عليه، ولم يكن بقي لها شئ عليه، فهل تحصل البينونة بمهر." (١)

"الثالثة: قالت: طلقني بألف طلاقا يمتد تحريمه إلى شهر، ثم أكون في نكاحك حلالا لك، فطلقها كذلك، وقع الطلاق مؤبدا، وفي قدر المال الواجب الطريقان، وطريقة القطع هنا أظهر، لان الشرط هنا لا يمكن الوفاء به، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض، فيتعين مهر المثل. الرابعة: علق طلاقها بصفة وذكر عوضا فقال: طلقتك إذا جاء غد، أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف، فقبلت، أو سألته، فقالت: علق طلاقي برأس الشهر، أو بدخول الدار على ألف فعلق، فالصحيح وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليق. وقيل: لا يقع لان المعاوضة لا تقبل التعليق، فيمتنع ثبوت المال. وإذا لم يثبت، لم تطلق لارتباطه، فإن قلنا بالصحيح، اشترط القبول على الاتصال، قال القفال: ويحتمل أنها تخير بين القبول في الحال، أو عند وجود الصفة، والمعروف الاول. ثم الواجب المسمى أم مهر المثل ؟ وجهان. وقيل: قولان، أصحهما عند الجم هور: الاول، ويجري الخلاف فيما إذا قالت: إذا جاء رأس الشهر وطلقتني، فلك ألف فطلقها عند رأس الشهر إجابة لها. وقيل: إن ابتدأ الزوج بالتعليق، وجب المسمى، وإن ابتدأت بالسؤال، فمهر المثل. وإذا أثبتنا المسمى، فمتى يجب ويلزم تسليمه ؟ فيه أوجه. أصحها: في الحال، واختاره ابن الصباغ، لان الاعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال، والمعوض تأخر **بالتراضي**. فإن تعذر تسليم المعوض، بأن فارقها قبل وجود المعلق عليه، لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه. والثاني: يجب في الحال، لكن لا يلزم تسليمه إلا عند وجود المعلق عليه لتأخر المعوض. والثالث: لا يجب إلا عند البينونة، ولا شك أنه لا رجوع لها قبل القبول.

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥/٦٨٣

فأما إذا قالت: طلقني غدا ولك ألف، أو إن طلقتني غدا، فلك ألف، وهما الصورتان السابقتان في المسألة الاولى، فلها الرجوع قبل التطليق، لان الجواب به." (١)

"القدر بأن يكون المقتول أولا رجلا، والجاني امرأة، وإذا قلنا بالاظهر، ولم نوجب القصاص على المبادر، فلاخيه نصف الدية، وممن يأخذها ؟ قولان، أحدهما: من أخيه المبادر، وأظهرهما: من تركة الجاني، فإذا قلنا: يأخذ من أخيه، فأبرأ أخاه، برئ، وإن أبرأ وارث الجاني، لم يصح، لانه لا حق له عليه، ولو أبرأ وارث الجاني المبادر عن الدية، لم يسقط النصف الثابت عليه لاخيه، وأما النصف الثابت للوارث، فيبنى على التقاص في الدينين، هل يحصل بنفس الوجوب ؟ إن قلنا: نعم، فالعفو لغو، وبمجرد وجوبهما، سقطا، وإن قلنا: لا يحصل حتى يتراضيا، صح الابراء، وسقط ما ثبت للوارث على المبادر، ويبقى للمبادر النصف في تركة الجاني، وإن قلنا: حق الذي لم يقتل في تركة الجاني لا على أخيه، فلوارث الجاني على المبادر دية تامة، وللمبادر نصف الدية في تركة الجاني، فيقع النصف تقاصا، ويأخذ وارث الجاني منه النصف الآخر، فـلـو أبرأ الذي لم يقتل أخاه، فإبراؤه لغو إذ لا شئ له عليه، ولو أبرأ وارث الجاني، صح، ولو أسقط وارث الجاني الدية عن المبادر، فإن قلنا: يقع التقاص بنفس الوجوب، فقد سقط النصف بالنصف، ويؤثر الاسقاط في النصف الآخر، فلا يبقى لاحدهما على الآخر شئ، وإن قلنا: لا يقع التقاص إلا **بالتراضي**، سقط حق الوارث بإسقاطه، وبقي للمبادر نصف الدية في تركة الجاني، وإذا كان المبادر جاهلا بالتحريم، وجبت الدية بقتله، وهل يكون في ماله لقصده القتل، أم على عاقلته، لان الجهل كالخطأ ؟ قولان، فإن قلنا: في ماله، فالابن الذي لم يقتل يأخذ نصف الدية من أخيه، أو من تركة الجاني، فيه القولان، وإن قلنا: على العاقلة، أخذ الابنان الدية من تركة الجاني في الحال، ووارث الجاني يأخذ ديته من عاقلة المبادر، كما تؤخذ الدية من العواقل، هذا تفريع الحالة الاولى، أما إذا قتله بعد عفو أخيه، فإن أوجبنا القصاص، واقتص و ا رث الجاني، فلورثة المقتص منه نصف الدية في تركة الجاني، وأما العافي، فلا شئ له إن عفا مجانا، وإن عفا على نصف الدية، عاد الخلاف في أنه ممن يأخذه، وإن لم يقتص منه الوارث، بل عفا، نظر في حال العفوين وما يقتضيانه من وجوب المال وعدمه، وإن لم نوجب القصاص، فإن كان الآخر عفا على الدية، أو مطلقا، وقلنا: المطلق يقتضي الدية، فللابنين دية أبيهما، وعلى المبادر دية الجاني، فيقع ما له وما عليه في التقاص، ويأخذ الآخر." (٢)

"فرع الغالب أن الناقة لا تحمل حتى يكون لها خمس سنين وهي الثنية، فلو حملت قبل ذلك، فهل يلزمه قبولها في الخلفات ؟ قولان، أظهرهما: نعم، وإذا تنازعا في كونها خلفات، عمل بقول عدلين من أهل الخبرة، وإذا أخذت بقول العدلين، أو بتصديق المستحق، فماتت عند المستحق وتنازعا في الحمل، شق جوفها لتعرف، فإن بان أنها لم تكن حاملا، غرمها المستحق وأخذ بدلها خلفة، وفي وجه يأخذ أرش النقص فقط، والصحيح الاول، ولو صادفنا الناقة المأخوذة حائلا، فقال المستحق: لم يكن بها حمل، وقال الدافع: أسقطت عندك، فإن لم يحتمل الزمان الاسقاط،

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٧٢٣/٥

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٨٦/٧

ردت، وطولب بخلفة، وإن احتمل، نظر، إن أخذت بقول الجاني فقط، صدق المستحق بيمينه، وإن أخذت بقول أهل الخبرة، فأيهما يصدق ؟ وجهان، أصحهما: الدافع. فرع من لزمته الدية من الجاني أو العاقلة له حالان، الاولى: أن لا يملك إبلا، فيلزمه تحصيل الواجب من غالب إبل البلدة أو القبيلة إن كانوا أهل بادية ينتقلون، فإن تفرقت العاقلة في البلدان أو في القبائل، أخذت حصة كل واحد من غالب إبل بلده أو قبيلته، فإن لم يكن في البلد أو القبيلة إبل، أو كانت بعيدة عن البلد، اعتبر إبل أقرب البلاد، ويلزمه النقل إن قربت المسافة، فإن بعدت وعظمت المؤنة والمشقة، لم يلزمه، وسقطت المطالبة بالابل، وأشار بعضهم إلى ضبط البعيد بمسافة القصر، وقال الامام: لو زادت مؤنة إحضارها على قيمتها في موضع العزة، لم يلزمه تحصيلها، وإلا فيلزم. الحالة الثانية: أن يملك إبلا، فإن كانت من غالب إبل البلدة أو القبيلة، فذاك، وإن كانت من صنف آخر، أخذت أيضا من أي صنف كانت، هذا هو الصحيح، وبه قطع الاكثرون من العراقيين وغيرهم، وهو ظاهر نصه في المختصر وفي وجه حكاه الامام عن محققي المراوزة واختاره أنه يجب غالب إبل البلد، ومتى تعين نوع، فلا عدول إلى ما فوقه أو دونه إلا **بالتراضي**، وإذا كان ال اعتبار بإبل البلد، أو القبيلة، فكانت نوعين فأكثر، ولا غالب فيها، فالخيرة إلى الدافع، وإذا اعتبرنا إبل من عليه، فتنوعت، فوجهان، أحدهما: تؤخذ من الاكثر، فإن استويا، دفع ما شاء، والثاني: تؤخذ من كل." (١)

"بقسطه إلا أن يتبرع، فيعطي الجميع من الاشرف، ولو دفع نوعا غير ما في بيده، أجبر المستحق على قبوله إذا كان من غالب إبل البلد والقبيلة كذلك، وإذا كانت الابل تباع بأكثر من ثمن المثل فهي كالمعدومة فلا يلزم تحصيلها. فرع إذا كانت الابل موجودة وعدل من عليه الدية ومستحقها إلى القيمة أو غيرها **بالتراضي**، جاز، كما لو أتلف مثليا وتراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل، جاز، قال صاحب البيان: هكذا أطلقوه، وليكن ذلك مبنيا على جواز الصلح عن إبل الدية، ولو أراد أحدهما العدول عن الابل، لم يجبر الآخر عليه، وحكي وجه عن ابن سلمة وغيره أن الجاني يتخير بين الابل والدراهم والدنانير المقدرة على القول القديم تفريعا على القديم، والمذهب الاول، فإن لم توجد الابل في الموضع الذي يجب تحصيلها منه، أو وجدت بأكثر من ثمن المثل، فقولان، الجديد الاظهر: أن الواجب قيمة الابل بالغة ما بلغت، والقديم: يجب ألف دينار، أو اثنا عشر ألف درهم، وفي وجه مخرج على القديم عشرة آلاف درهم، والاعتبار بالدراهم والدنانير المضروبة الخالصة، وذكر الامام أن الدافع يتخير بين الدراهم والدنانير، وقال الجمهور: على أهل الذهب ذهب، وعلى أهل الورق ورق، فإن كان الواجب دية مغلظة، فهل يزاد للتغليظ شئ ؟ وجهان، أصحهما: لا، والثاني: يزاد ثلث المقدر، فعلى هذا لو تعدد سبب التغليظ بأن قتل محرما في الحرم، فهل يتكرر التغليظ ؟ وجهان، أصحهما: لا فلا يزاد على." (٢)

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٧/١٢٣

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٧/١٢٤

"الخلاف في أن السبق بماذا يعتبر ؟ مخصوص بآخر الميدان، فأما في أوله، فيعتبر التساوي في الاقدام قطعا. فروع تتعلق بالسبق لو سبق أحدهما في وسط الميدان، والآخر في آخره، فالسابق الثاني. ولو عثر أحد الفرسين، أو ساخت قوائمه في الارض فتقدم الآخر، لم يكن سابقا، وكذا لو وقف بعد ما جرى لمرض ونحوه، فإن وقف بلا علة، فهو مسبوق، ولو وقف قبل أن يجري، فليس بمسبوق، سواء وقف لمرض أو لغيره، ولو تسابقا على أن من سبق منهما بأقدام معلمة على موضع كذا فله السبق جاز على الصحيح، والغاية في الحقيقة نهاية الاقدام من ذلك الموضع لكنه شرط في الاستحقاق تخلف الآخر عنها بالقدر المذكور. فرع ليجريا في وقت واحد، ويستحب أن تكون في الغاية قصبة مغروزة ليقطعها السابق، فيظهر لكل أحد بقدمه. الطرف الثاني في أحكامه: وفيه قاعدتان: إحداهما: هل عقد المسابقة لازم كالاجارة أم جائز كالجعالة ؟ قولان، أظهرهما: ا لاول، ثم قيل: القولان فيما إذا أخرجا العوض جميعا، أما إذا أخرجه أحدهما أو غيرهما، فجائز قطعا، والمذهب: طرد القولين في الحالين، قال الشيخ أبو محمد والائمة: القولان فيمن التزم المال، فأما من لم يلتزم شيئا، فجائز في حقه قطعا، وقد يكون العقد جائزا من جانب لازما من جانب، كالرهن والكتابة، وقيل بطردهما فيمن لم يلتزم لانه قد يقصد بمعاقدته تعلم الفروسية والرمي فيكون كالاجير، والمذهب يخصصهما بالملتزم، فإن قلنا بالجواز فلكل واحد ترك العمل قبل الشروع فيه، وكذا بعده إن لم يكن لاحدهما فضل على الآخر، وكذا إن كان على الاصح، لانه عقد جائز، وعلى هذا القول تجوز الزيادة والنقص في العمل، وفي المال بالتراضي، وإذا بذل أحدهما المال لا يشرط من صاحبه القبول على الصحيح، قال الامام: وأجرى الاصحاب هذين الوجهين في الجعالة المتعلقة بمعين، بأن يقول: إن أردت عبدي فلك كذا، وفي ضمان السبق قبل تمام العمل." (١)

"به ولا يدعان إلا في وقت الطهارة والصلاة والاكل ونحوها، وتقع هذه الاحوال مستثناة، كما في الاجارة، ولو أطلقا ولم يبينا وظيفة كل يوم، فكذلك الحكم، ولا يتركان الرمي إلا بالتراضي أو لعارض، كمرض وريح ومطر ونحوها، والحر ليس بعذر، وكذا الريح الخفيفة، وإذا غربت الشمس قبل فراغ وظيفة اليوم، لم يرميا بالليل للعادة إلا أن يشرط له وحينئذ يحتاجان إلى مشمعة ونحوها، وقد يكفي ضوء القمر كذا قاله الاصحاب. ومنها: أنه يشترط رميهما مرتبا، لانهما لو رميا معا، اشتبه المصيب بالمخطئ، فإن ذكرا في العقد من يبدأ بالرمي، اتبع الشرط، وإن أطلقا، فقولان، أظهرهما: بطلان العقد، والثاني: صحته، وكيف يمضي ؟ وجهان، ويقال: قولان، أحدهما: ينزل على عادة الرماة وهي تفويض الامر إلى المسبق بكسر الباء وهو مخرج السبق، فإن أخرجه أحدهما، فهو أولى، وإن أخرجه غيرهما، قدم من شاء، وإن أخرجاه، أقرع، والثاني: يقرع بكل حال، وقال القفال: القولان في الاصل مبنيان على أنا نتبع القياس أم عادة الرماة ؟ ويجري مثل هذين القولين في صور من السبق والرمي، وهما متعلقان بالخلاف في أن سبيل هذا العقد سبيل الاجارة أم الجعالة، إن قلنا بالاول، اتبعنا القياس، وإن قلنا بالثاني، اتبعنا العادات، وقيل: في المسألة طريقان آخرا، أحدهما: القطع بالفساد، والثاني: بالقرعة، ثم إذا شرط تقديم واحد، أو اعتمدنا القرعة فخرجت لواحد، فهل يقدم في كل رشق، أم في الرشق الاول فقط ؟ حكى الامام فيه وجهين قال: ولو صرحوا بتقديم من قدموه في كل رشق، أو أخرجا القرعة للتقديم

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٧/٥٤١

في كل رشق، اتبع الشرط وما أخرجته القرعة، ولك أن تقول: إذا ابتدأ المقدم في النوبة الاولى، فينبغي أن يبتدئ الثاني في الثانية بلا قرعة، ثم يبتدئ الاولى في الثالثة، ثم الثاني وهذا لامرين، أحدهما: أنهم نقلوا عن نصه في الام أنه لو شرط كون الابتداء لاحده ما أبدا، لم يجز، لان المناضلة مبنية على التساوي، والثاني: أنه يستحب كون الرمي بين غرضين متقابلين يرمي المتناضلان، أو الجريان من عند أحدهما إلى الآخر، ثم يأتيان الثاني، ويلتقطان السهام، ويرميان إلى الاول، ثم نص الشافعي والاصحاب رحمهم الله أنه إذا بدأ أحدهما بالشرط، أو بالقرعة، أو بإخراج المال، ثم انتهيا إلى الغرض الثاني، بدأ الثاني في النوبة الثانية، وإن كان الغرض واحدا." (١)

"وحينئذ فيتصل رميه في النوبة الثانية برميه في النوبة الاولى. فرع إذا قلنا: يقرع للابتداء، هل يدخل المحلل في القرعة إذا أخرجا المال ؟ وجهان، وإذا ثبت الابتداء لواحد، فرمى الآخر قبله، لم يحسب له إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ، ويرمي ثانيا عند انتهاء النوبة إليه. الشرط الخامس: تعيين الرماة فلا يصح العقد إلا على راميين معينين، أو رماة معينين، وتجوز المناضلة بين حزبين فصاعدا، ويكون كل حزب في الخطإ والاصابة كالشخص الواحد، ومنع ابن أبي هريرة جواز الحزبين لئلا يأخذ بعضهم برمي بعض، والصحيح الجواز، وليكن لكل حزب زعيم يعين أصحابه، فإذا تراضيا، توكل عنهم في العقد، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحدا، كما لا يجوز أن يتوكل واحد في طرفي البيع، ولا يجوز أن يعقدا قبل تعيين الاعوان، وطريق التعيين الاختيار **بالتراضي**، فيختار زعيم واحدا ثم الزعيم الآخر في مقابلته واحدا، ثم الاول واحد ا ، ثم الثاني واحدا وهكذا حتى يستوعبوا، ولا يجوز أن يختار واحد جميع الحزب أولا لانه لا يؤمن أن يستوعب الحذاق، ولا يجوز أن يعينا الاعوان بالقرعة لانها قد تجمع الحذاق في جانب، فيفوق مقصود المناضلة، ولهذا لو قال أحد الزعيمين: أنا أختار الحذاق، وأعطي السبق أو الخرق، وآخذ السبق، لا يجوز، ولان القرعة لا مدخل لها في العقود، ولهذا لا تجوز المناضلة على تعين من خرجت القرعة عليهم، وقال الامام: لا بأس به، لان القرعة بعد تعديل الحصص والاقساط معهودة، والذي قطع به صاحبا المهذب والتهذيب وغيرهما: المنع، ونص في الام أنهما لو تناضلا على أن يختار كل واحد ثلاثة ولم يسمهم، لم يجز، وأنه يشترط كل واحد من يرمي معه بأن يكون حاضرا أو غائبا يعرفه، واحتج القاضي أبو الطيب بظاهره أنه تكفي معرفة الزعيمين، ولا يعتبر أن يعرف الاصحاب بعضهم بعضا، وابتداء أحد الحزبين بالرمي كابتداء أحد الشخصين ول ا يجوز أن يشرطا أنه يتقدم من هذا الحزب فلان ويقابله من الحزب الآخر فلان ثم فلان، لان تدبير كل حزب إلى زعيمهم، وليس للآخر مشاركته فيه. فروع ثلاثة أحدها: حضرهم غريب، فاختاره أحد الزعيمين، وظنه يجيد الرمي، فبان خلافه، نظر إن لم يحسن الرمي أصلا، بطل العقد فيه، وسقط." (٢)

"الغرض حتى استقل السهم، فأصابه السهم، قال ابن كج: لا يحسب له. الفصل الثاني: في حكم المناضلة جوازا ولزوما وفي كونها لازمة أو جائزة قولان كما سبق في المسابقة، فإن قلنا: تلزم، انفسخت بموت أحدهما، كالاجير المعين، ولو مرض أحدهما، أو أصابه رمد ونحوه، لم ينفسخ العقد، بل يؤخر الرمي، وفي المسابقة يحصل الانفساخ

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٧/٥٤٨

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٧/٥٤٩

بموت الفرس، لان التعويل عليه، ولا يحصل بموت الفارس، بل يقوم الوارث مقامه، وقيل: فيه احتمال، لان للفارس أثرا ظاهرا، وإلزام الوارث على المسابقة كالمستبعد، ولا يجوز لها إلحاق زيادة في عدد الارشاق ولا عدد الاصابات، وطريقهما إن أرادا ذلك أن يفسخا العقد، ويستأنفا عقدا، وليس للمناضل أن يترك النضال ويجلس، بل يلزم به كمن استؤجر لخياطة ونحوها، ويحبس على ذلك ويعزر، هذا إذا كان مفضولا أو كان له الفضل، ولكن توقع صاحبه أن يدركه، فيساويه أو يفضله، أما إذا لم يتوقع الادراك بأن شرطا إصابة خمسة من عشرين، فأصاب أحدهما خمسة، والآخر واحدا ولم يبق لكل واحد إلا رميتان، فلصاحب الخمسة أن يجلس: ويترك الباقي، هذا تفريع قول اللزوم، أما إذا قلنا بالجواز فتتفرع عليه مسألتان، إحداهما: تجوز الزيادة في عدد الارشاق والاصابات، وفي المال **بالتراضي**، وفي الجميع وجه ليس بشيء، وهل يستبد أحدهما بالزيادة ؟ ثلاثة أوجه، أصحها: نعم، لجواز العقد، فإن لم يرض صاحبه فليفسخ، والثاني: لا، إذ لا بد في العقد من القبول، والثالث: يجوز الالحاق للفاضل والمساوي دون المفضول لئلا يتخذ المفضول ذلك ذريعة إلى إبطال النضال، ومتى يصير مفضولا ؟ وجهان، أحدهما: متى زاد صاحبه بإصابة واحدة، وأصحهما: لا تكفي إصابة وإصابتان، بل لا يصير مفضولا إلا إذا قرب صاحبه من الفوز. واعلم أن الوجه المذكور في أنه لا يجوز إلحاق الزيادة والنقص **بالتراضي**، والوجه الآخر في أنه ليس لاحدهما الاستبداد يطردان في المسابقة وإن لم يذكرهما هناك، وفي الجعالة إذا زاد الجاعل في العمل كان متهما كالمفضول، ففي زيادته الخلاف، فإن لم تلحق الزيادة بها، فذاك، وإن ألحقناها وقد عمل العامل بعض العمل ولم يرض بالزيادة، فسخ العقد، قال الامام: والوجه أن تثبت له أجرة." (١)

"ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية، لانه وكيل لهم، كذا أطلقوه. وينبغي أن يكون في توكيل العبد في القسمة الخلاف في توكيله في البيع. ولو حكم الشركاء رجلا ليقسم بينهم، فهو على القولين في التحكيم، فإن جوزناه، فهو كمنصوب القاضي، فإن كان في سهم المصالح مال يتفرع لمؤنة القاسمين، لزم الامام أن ينصب في كل بلد قاسما، فإن لم تحصل الكفاية بواحد، زاد بحسب الحاجة، وإلا فلان يعين قاسما لئلا يغالي في الاجرة، ولئلا يواطئه بعضهم، فيحيف، بل يدع الناس ليستأجروا من شاؤوا، وإذا لم تكن في القسمة تقويم، كفى قاسم على المذهب، وقيل قولان ثانيهما يشترط اثنان، وإن كان تقويم، اشترط اثنان، وللامام أن ينصب قاسما، لجعله حاكما في التقويم، ويعتمد في التقويم عدلين، وهل للقاضي أن يحكم بمعرفته في التقويم ؟ قولان، كقضائه بعلمه، وقيل: لا يجوز قطعا، لانه تخمين مجرد، ولو فوض الشركاء القسمة إلى واحد **بالتراضي**، جاز قطعا.

فرع القاسم المنصوب من جهة الإمام يدر رزقه من بيت المال على الصحيح، وبه قطع الجمهور. وقال أبو إسحق: لا يدر، وهذا ضعيف. وإذا لم يكف مؤنته من بيت المال، فأجرته على الشركاء، سواء طلب جميعهم القسمة أم بعضهم، وقال ابن القطان وغيره: على الطالب وحده، والصحيح الاول، ثم إن." (٢)

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥٦٠/٧

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ١٨٢/٨

"استأجر الشركاء قاسما، وسموا له أجرة، وأطلقوا، فتلك الاجرة توزع على قدر الحصص على المذهب، وقيل قولان ثانيهما على عدد الرؤوس، ويجري الطريقان فيما لو استأجروه استئجارا فاسدا، فقسم، أن أجرة المثل كيف توزع ؟ وفيما لو أمروا قاسما فقسم، ولم يذكروا أجرة، وقلنا: تجب أجرة المثل في مثل ذلك، وفيما لو أمر القاضي قاسما فقسم قسم إجبار. ولو استأجروا قاسما، وسمى كل واحد أجرة التزمها، فله على كل واحد ما التزم، هذا إذا أستأجروا جميعا بأن قالوا: استأجرناك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان، وديناريين على فلان مثلا أو وكلوا وكيلا عقد لهم كذلك، فلو استأجروا في عقود مترتبة، فعقد واحد لافراز نصيبه، ثم الثاني كذلك، ثم الثالث، فقد جوزه القاضي حسين، وأنكره الامام، وقال: هذا بناء على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القاسم لافراز نصيبه، ولا سبيل إليه، لان إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين ترددا وتقريرا ولا سبيل إليه إلا برضاهم، لكن يجوز انفراد أحدهم برضى الباقين فيكون أصلا ووكيلا ولا حاجة إلى عقد الباقين، وحينئذ إن فصل ما على كل واحد **بالتراضي**، فذاك، وإن أطلق، عاد الخلاف في كيفية التوزيع. فرع إذا كان أحد الشريكين طفلا، نظر إن كان في القسمة غبطة له، فعلى الولي طلب القسمة، وبدل حصته من الاجرة من مال الطفل وإلا فلا يطلبها، وإن طلبها الشريك الآخر وأجيب، فإن قلنا: الاجرة على الطالب خاصة، فذاك، وإن قلنا: على الجميع، فوجهان، أحدهما: على الطالب لئلا يجحف بالصبي بلا غبطة، وأصحهما تؤخذ حصة الصبي من ماله.

فصل للعين المشتركة حالان : الاولى أن يعظم ضرر قسمتها، فإن طلبها أحدهما، وامتنع الآخر، لم يجبر، وفي ضبط الضرر المانع ثلاثة أوجه سبقت في باب الشفعة، فلا يكسر جوهر نفيس، ولا يقطع ثوب رفيع، ولا يقسم زوجا خف،." (١)

"فإذا هو سبعمئة ذراع، ولو لم تقم حجة، وأراد تحليف الشريك، مكن منه، فإن نكل وحلف المدعي، نقضت القسمة، ولو حلف بعض الشركاء، ونكل بعضهم، فحلف المدعي لنكول بعضهم، قال في الوسيط: تنقض القسمة في حق الناكلين دون الحالفين ولا يطالب الشريك بإقامة بينة أن القسمة الجارية عادلة، لان الظاهر الصواب. وحكى ابن أبي هريرة قولا أن على الشريك البينة بأنها عددلة، ولا بينة على مدعي الغلط. وقال أبو إسحق: إن قال مدعي الغلط: إن القاسم الذي قسم لا يحسن القسمة والمساحة والحساب، فالاصل ما يقوله: وعلى صاحبه البينة. وإن قال: سها، فعليه البينة، والمذهب الاول. ولو اعترف القاسم بالغلط أو الحيف، فإن صدقه الشركاء، انتقضت القسمة، وإلا فلا تنتقض وعليه رد الاجرة. قال البغوي: وهو كما لو قال القاضي: غلطت في الحكم، أو تعمدت الحيف، فإن صدقه المحكوم له، استرد المال، وإلا فلا، وعلى القاضي الغرم. أما إ ذا جرت القسمة **بالتراضي** بأن نصبا قاسما، أو اقتسما بأنفسهما، ثم ادعى أحدهما غلطا، فإن لم يعتبر الرضى بعد خروج القرعة، فالحكم كما لو ادعى الغلط في قسمة الاجبار، وإن اعتبرناه وتراضيا بعد خروج القرعة، فإن قلنا: القسمة إفراز، فالافراز لا يتحقق مع التفاوت، فتنقض القسمة إن قامت به بينة، ويحلف الخصم إن لم تقم، وإن قلنا: القسمة بيع، فوجهان أحدهما الجواب كذلك، فإنهما تراضيا

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ١٨٣/٨

لاعتقادهما أنها قسمة عدل، وأصحهما أنه لا فائدة لهذه الدعوى، ولا أجر للغلط، وإن تحقق، كما لا أثر للغبن في البيع والشراء، وبهذا قطع الجمهور. كأنهم اقتصروا على الجواب الاصح.

فصل إذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين، فإن قلنا: القسمة إفراز، فهي صحيحة، ثم تباع الانصباء في الدين إن لم يوفوه، وإن قلنا: بيع، فقد سبق في كتاب الرهن وجهان في صحة بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين، وأنه لو تصرف ولا دين في الظاهر، ثم ظهر. فالاصح صحة التصرف ففي القسمة هذان الوجهان، وفإن صححنا البيع، فالقسمة الجارية صحيحة، فإن وفوا الدين، استمرت صحتها، وإلا نقضت وبيعت التركة في الدين، وإن لم نصححه، فالقسمة باطلة، ولو جرت قسمة، ثم استحق بعض المقسوم، نظر إن استحق جزء شائع." (١)

"هي كالدور، وقيل: يخير في العبيد وفي غيرها الخلاف. وإن لم تمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد لرجلين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخرين في القيمة، فإن قلنا بالاجبار عند استواء القيمة، فهنا قولان، وهما كالقولين في الارض المختلفة الاجزاء، وإن كانت الشركة لا ترفع إلا عن بعض الاعيان، كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما مائة، وقيمة الآخر مائتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس بالخسيس، ويكون له مع ذلك ربع النفيس، فإن قلنا: لا إجبار في الصورة السابقة، فهنا أولى وإلا فوجهان، أو قولان، الاصح لا إجبار، لان الشركة لا ترتفع بالكلية. الحال الثاني: أن يكون الاعيان أجناسا، كعبد وثوب، وحنطة وشعير، ودابة ونحوها، أو أنواعا كعبدين تركي وهندي، وثوبين إبريسم وكتان، فطلب أحدهما أن يقسم أجناسا وأنواعا لا يجبر الآخر وإنما يقسم كذلك **بالتراضي**. ولو اختلطت الانواع وتعذر التميي ز كتمر جيد ورديء، فلا قسمة إلا **بالتراضي** هذا ما قطع به الجمهور، وطرد السرخسي الخلاف في الاجبار عند اختلاف النوع، وزاد الامام والغزالي فأجرياه عند اختلاف الجنس، وليس بشيء، والمذهب الاول. فرع إذا كان بينهما عرصة وثلثها بالمساحة نصف بالقيمة، لقربه من الماء فهي قسمة تعديل، وفيها الخلاف. وقال الغزالي: يجبر عليها قطعا ولا يبالي بهذا التفاوت، والمذهب الاول، وهو المعروف عن الاصحاب. فرع اللبنات إن تساوت قوالبها، فقسمتها قسمة المتشابهات، فيجبر قطعا، وإن اختلفت قوالبها، فقسمة تعديل، وفيها الخلاف. فرع دار بين اثنين، لها علو وسفل طلب أحدهما قسمتها علوا وسفلا، أجبر الآخر عند الامكان، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد، والسفل لآخر لا يجبر، هكذا أطلقه الاصحاب. ويجوز أن يقال: إن لم يمكن القسمة سفلا." (٢)

"ثم قيل القولان فيما إذا جرت القسمة إجبارا، فإن جرت **بالتراضي** فبيع قطعا. وقيل القولان في الحالين، قال البغوي: والاصح الطريق الاول، ثم القول بأنها بيع لا يمكن إطلاقه في كل ما حصل لكل منهما، بل النصف الذي صار في يده، كان نصفه له، ونصفه لصاحبه، فالقسمة إفراز فيما كان لصاحبه على هذا القول. وأما قسمة التعديل، فالمذهب أنها بيع، وقيل فيه القولان، وقسمة الرد بيع، كذا قاله الجمهور، وقيل: بيع فيما يقابل المردود، وفيما سواه الخلاف في

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٨/١٨٨

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٨/١٩١

قسمة التعديل. فرع إذا قلنا: القسمة بيع، فاقتسما ربويا، وجب التقابض في المجلس، ولم تجز قسمة المكيل وزنا ولا العكس، ولا يجوز قسمة الرطب والعنب، وما أثرت فيه النار بتعقيد الاجزاء، وإن قلنا: إفراز جاز كل ذلك. وتجوز قسمة الحص والنورة كيلا ووزنا على القولين، ولا تقسم الثمار على رؤوس الشجر خرصا إن قلنا: القسمة بيع، كما لا تباع خرصا، وإن قلنا: إفر ا ز، فإن كانت رطبا وعنبا، جاز، وإن كان غيرهما، فلا، لان الخرص لا يدخل غيرهما، وإن كان بينهما أرض مزروعة، فأرادا قسمة الارض وحدها، جاز، وإن طلبها أحدهما أجبر الآخر، ويجئ على قول: القسمة بيع وجه مذكور في البيع، وإن أرادا قسمة الارض وما فيها لم يجز إن اشتد الحب. أما إن جعلناها إفرازا، فلانه قسمة مجهول ومعلوم، وأما إن جعلناها بيعا فلانه بيع طعام وأرض بطعام وأرض، وكذا لو كان بذرا بعد، وإن كان قصيلا، جاز، لانه معلوم مشاهد. وإن أرادا قسمة ما فيها وحده، فكذا الحكم إن لم ينبت، أو اشتد الحب، لم يجز، وإن كان قصيلا، جاز. وإن طلب أحدهما قسمة الارض، وما فيها أو قسمة ما فيها وحده، وامتنع الآخر والحال حال جواز القسمة **بالتراضي** قال الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب والتهذيب: لا يجبر الممتنع، ولم يوجهوه بمقنع.." (١)

"فرع اقتسما، ثم تقابلا، إن قلنا: القسمة بيع، صحت الاقالة، وعاد الشيوع، وإلا فهي لاغية. فرع قسمة الملك عن الوقف إن قلنا: بيع، لا يجوز، وإن قلنا: إفراز، جازت، قال الروياني: وهو الاختيار. قلت: هذا الذي اختاره الروياني هو المختار، وهذا إذا لم يكن فيها رد، أو كان رد من أصحاب الوقف، فإن كان من صاحب الملك، لم يجز، لانه يأخذ بإزائه جزءا من الوقف، ذكره صاحب المهذب وغيره. والله أعلم. وأما قسمة الوقف بين الموقوف عليهم، فلا يجوز على القولين، لان فيها تغيير شرط الواقف، وقيل: يجوز على قول الافراز ليرغبوا في العمارة ولا يتواكلوا، وهذا الوجه حكاه ابن كج عن ابن القطان وحده، وخصصه بقولنا: الملك في الموقوف للموقوف عليه، قال: فلو انقرض البطن الاول، وصار الوقت للبطن الثاني، انتقضت القسمة.

فصل قسمة الإجبار لا يعتبر فيها **التراضي** عند إخراج القرعة ولا بعدها، وإذا تراضيا بقاسم يقسم بـينهما، فهل يشترط الرضى بعد خروج القرعة أم يكفي الرضى الاول ؟ قولان، أظهرهما: الاشتراط، وإليه مال المعتبرون، وذكروا أنه المنصوص، وفي قسمة الرد يشترط الرضى بعد خروج القرعة كما في الابتداء وعن الاصطخري وجه أنه يلزم بخروج القرعة، والصحيح الاول. وإذا اشترطنا الرضى بعد خروجها، فصيغته أن يقولا: رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجت القرعة، أو بما جرى، ولا يشترط لفظ البيع، وإن قلنا: القسمة بيع، وقيل: إن قلنا بيع، اشترط لفظ البيع أو التمليك، وقيل: لا يكفي قولهما رضينا بهذا أو بما جرى، بل يشترط تلفظهما بالقسمة بأن يقولا: تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة ليؤدي معنى التمليك والتملك، والمذهب الاول، وحيث وجب الرضى، فلا بد منه في الابتداء، وإنما الخلاف في الرضى بعد خروج القرعة.

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ١٩٣/٨

فصل تقسم المنافع كما تقسم الاعيان، وطريق قسمتها المهايأة مياومة أو مشاهرة أو مسانهة، فإن كانت العين قابلة للقسمة، فلا إجبار على المهايأة." (١)

"علق صريحا بمشيئة بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئة بعد الموت، ولا يمنع الامتناع في الحياة من المشيئة بعد الموت. ثم ينظر في لفظ التعليق، فإن قال: أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت، أو اقتصر على قوله: إن شئت، وقال: أردت بعد الموت، فقال الامام والغزالي: لا يشترط الفور بعد الموت، ونفى الامام الخلاف في ذلك، لانها إذا تأخرت عن الخطاب، واعتبرت بعد الموت، لم يكن لاشتراط اتصالهما بعد الموت معنى ولهذا لا يشترط في قبول الوصية. وفي التهذيب وغيره وجهان فيما لو قال: إذا مت وشئت بعد موتي فأنت حر، أن المشيئة على **التراضي**، أم يشترط الفور ؟ والصورة كالصورة. ولو قال: إذا مت فشئت فأنت حر، ففي اشتراط اتصال المشيئة بالموت وجهان. الاصح: الاشتراط، وبه أجاب الاكثرون، لان الفاء للتعقيب، ويجري الخلاف في سائر التعليقات، كقوله: إن دخلت الدار فكلمت زيدا فأنت طالق، هل يشترط اتصال الكلام بالدخول ؟ ولو قال: إذا مت فمتى شئت فأنت حر، لم يشترط اتصال المشيئة بالموت بلا خلاف. ولو قال: إذا مت، فأنت حر إن شئت، أو إذا شئت، أو قال: أنت حر إذا مت إن شئت، فيحتمل أن يراد بهذا اللفظ المشيئة في الحال، وتحتمل المشيئة بعد الموت، فيراجع ويعمل بمقتضى إرادته، فإن قال: أطلقت ولم أنو شيئا، فثلاثة أوجه. الاصح: حمله على المشيئة بعد الموت، وبه أجاب الاكثرون. منهم العراقيون، وشرطوا أن تكون المشيئة بعد الموت على الفور، ومقتضى ما سبق عن الامام والغزالي: أن لا يشترط الفور. والثاني: حمله على المشيئة في الحياة وبعد الموت، لان الموت متردد بينهما فتكفي المشيئة في حياة السيد، ويشترط الفور على الصحيح. والثالث: تشترط المشيئة في الحياة، فإن لم يتحققا، لم يحصل يقين العتق، وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات، كقوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق، إن كلمت فلانا. أيعتبر الكلام بعد الدخول ، أم قبله ؟ قال الامام: ونشأ من هذا المنتهى إشكال فيما لو قال لعبده: إن." (٢)

"كما لا يخفى

قوله ومقتضى ما مر من التعليل صوابه ومقتضى كلام المصنف وعبارة التحفة وقضيته بضمير الغيبة الراجع إلى كلام المصنف إلا أنه ذكره عقب التعليل فكأن الشارح توهم رجوعه للتعليل لذكره عقبه فعبر عنه بما ذكره

قوله ويبقى ذلك بالنسبة لتصرفه في خالص ماله هذا الجواب للسبكي وهو المتشكل كما نقله عنه الشهاب حج في تحفته كشرح الروض لكن عبارتهما فيه ويبقى ذلك كتصرفه في خالص ملكه ولا يخفى أن معناه أن رضا الآخر بالإضرار رفع حق مطالبته الدنيوية والأخروية وبقي حق الله تعالى فتصرفه فيه حينئذ كتصرفه في خالص ملكه فالكلام إنما هو بالنسبة لملك الآخر خلاف قول الشارح ويبقى ذلك بالنسبة لتصرفه في خالص ماله وهو يفيد ما بعده أنه برضا الآخر ارتفع الحرج عنه في ماله من جهة المطالبة ومن جهة حق الله تعالى ولم يبق إلا حكم تصرفه في مال نفسه وهو ممتنع

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ١٩٤/٨

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٤٤٨/٨

ولا يخفى بعده إذ أقل المراتب أن يجعل م ا ل غيره بالإذن في إتلافه كمال نفسه في حكمه

قوله وهو ممتنع أي إلا أنه لا يضر في الجواب لأن هذا منع آخر غير الذي رفعه **التراضي**." (١)

"فيه للحال وكان ينبغي له ذكره عقبه كما صنع الشهاب حج

قوله ومنازعة الإسنوي في قياس ما تقرر على الإقالة أي بالنسبة لجواز استقلال أحدهما بالفسخ كما يعلم من جوابه قوله أي بلفظ الإقالة أشار به إلى رد ما ذهب إليه الشهاب حج تبعا لما نقله الشيخان في بعض المواضع من أن لهما **التراضي** على الفسخ من غير سبب وعبارته هنا ورد أي الإسنوي بأن تمكين كل بعد التحالف من الفسخ كتراضيهما به من غير سبب وقد مر أنه في معنى الإقالة فصح القياس

قوله أو لأن لكل الابتداء بالفسخ إلخ صريح هذا السياق أن هذا جواب ثان عن منازعة الإسنوي وليس كذلك فإنه لا يتأتى إذ معنى كلام الرافعي أن لكل منهما البداءة بالفسخ فلا يقال إنه يبدأ بالبائع فيما إذا كان المبيع معينا والثمن في الذمة وبالمشترى في عكسه كما يعلم من التحفة فلا يصح جوابا عن منازعة الإسنوي التي حاصلها أن قياس الإقالة أنه لا يصح الفسخ من أحدهما دون الآخر وأنه لا بد من فسخهما معا

قوله إذا لم يزل به ملك المشتري أي كأن كان مرهونا ولم يصبر البائع إلى فكاكه كما سيأتي قوله بين أخذ قيمته إلخ وهي للفيصولة ا هـ سم على منهج قوله فناسب جبرها أي الرفق بها ودفع ما أصابها من الكسر قوله وإن كان قد أجره أي المشتري قوله رجع أي البائع وظاهره أنه لو أراد التأخير إلى فراغ المدة ويأخذ قيمته للحيلولة لم يجب وقضية قول حج كشرح المنهج فله أخذه لكن لا ينزعه إلخ أنه يخير بين ذلك وبين أخذ قيمته للحيلولة لكن في الروض وشرحه ما نصه وإذا أجره رجع فيه مؤجرا لا في قيمته بناء على جواز بيع المؤجر والمشتري المسمى في الإجارة وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية ا هـ

". (٢)

"وهو موافق لظاهر كلام الشارح من وجوب التبقية بالأجرة على ما أفاده قوله عليه للبائع أجرة إلخ فقول حج كشرح المنهج فله أخذه ولكن لا ينزعه معناه له أخذه بمعنى الرضا ببقائه تحت يد المستأجر وأخذ أجرة مثل ما بقي من المدة وليس له أخذ قيمته وترك المنفعة للمستأجر إلى تمام المدة قوله للمدة الباقية وهذا بخلاف ما لو اطلع فيه على عيب قديم وحدث به عيب وكان أجره قبل اطلاعه على العيب القديم فإن البائع إذا رضي به أخذه مسلوب المنفعة ولا أجرة له على المشتري بقية المدة والفرق أن البائع في مسألة العيب رضي به معيبا فغلظ عليه بعدم استحقاقه الأجرة لاختياره المبيع وأما هنا فالتحالف لما كان موجبا للفسخ كان البائع كأنه مجبر عليه فلم يغلظ عليه بإسقاط الأجرة ويرد على هذا الفرق ما لو تقابل البائع والمشتري بعد أن أجر المشتري المبيع فإن البائع له أجرة مثل ما بقي من المدة مع أن الإقالة

---

(١) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ١٣٤/٤

(٢) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ١٥٣/٤

بالتراضي من المتبايعين إلا أن يقال إن الإقالة تندب لتخلص النادم وكأنه من هذه الحيثية مجبر على الإقالة لطلبها منه قوله ولو كان زكاة إلخ هذه وما بعدها مستثناة من قاعدة ما ضمن كله بكل البدل يضمن بعضه بقسطه وعبارة حج تعليلا لوجوب الأرش لأن كل ما ضمن بها ضمن بعضه ببعضها إلا في نحو خمس صور على ما فيها منها الزكاة والصداق ا هـ

وعليه فكان الأولى أن يقول هنا ويستثنى من وجوبه الأرش أو نحو ذلك قوله لم يمنع أي التدبير قوله من أنه أي التدبير قوله وما إذا حصل أي الاختلاف." (١)

"من الكتبة قوله أو أن يتزوج طفل بكبيرة إلخ هذا لا يصح تصويرا لقوله وإرضاع نحو أمة لها فكان الأصوب أن يقول بدله وإرضاع نحو أمها له ليكون معطوفا على أصل الحكم قوله كأن ارتدا معا لعله سقط بعده لفظ فلا متعة أو نحوه من الكتبة

قوله ويسن أي لا تبلغ نصف مهر المثل أي فلو كان النصف ينقص عن ثلاثين درهما فينبغي اعتباره وإن فاتت السنة الأولى لأنه قيل بامتناع الزيادة على نصف مهر المثل قوله فلا يشترط ذلك أي عدم مجاوزتها مهر المثل قوله وهو ظاهر وعليه فهل يكفي نقص أقل متمول أو لا بد من نقص قدر له وقع عرفا فيه نظر وظاهر إطلاقه الأول قوله معتبرا حالهما أي وقت الفراق قوله ورد بأن المهر **بالتراضي** مجرد كونه **بالتراضي** لا يصلح للرد على هذا الوجه فإنه لم يقل وقيل أقل مال يجب في الصداق بل قال يجوز جعله صداقا ومعلوم أن الجعل إنما هو بتراضيهما

قوله بل مقتضى النظائر إلخ هو من عند الشارح و فيه نوع تكرير مع ما مر والمعترض هو شيخ الإسلام قوله فيه إشارة إلخ أشار الشهاب سم إلى التوقف فيه." (٢)

"قوله فإن صدر من اثنين صادق بما إذا تعدد السبيل وبما إذا اتحد فانظره مع قول الشارح الآتي إن كلامه متدافع في ذلك قوله ما إذا كانت تعديلا أي ووقعت **بالتراضي** قوله أي أحدهما غلط أو حيف قوله وقد فعل ذلك أي فيكلف القلع مجانا ولا يرجع بما أنفقه قوله من أرش متعلق بزائد قوله لكن من حين التقرير أي فلو وقع منه تصرف فيما خصه قبل التقرير كان باطلا

قوله وأنه أطلق الخلاف هنا سقط من النسخ وعبارة التحفة وأنه أطلق الخلاف ومحله حيث حكموا قاسما فإن تولاها حاكم أو منصوبه جبرا لم يعتبر الرضا قطعا ولو نصبوا وكيلا عنهم اشترط رضاهم بعد القرعة قطعا وكذا لو اقتسموا بأنفسهم انتهت

ولم يذكر هو ولا الشارح الجواب عن هذا قوله وعبارة المحرر القسمة التي لا يجبر عليها كذا في نسخ الشارح بإثبات لا قبل يجبر والصواب حذفها قوله غير أن دعواه أصرحية عبارة الأصل صوابه أصرحية عبارة الكتاب على عبارة الأصل إذ

(١) حاشية المغربي على نهاية المحتاج، ٤/١٥٤

(٢) حاشية المغربي على نهاية المحتاج، ٦/٣٤٠

هو الذي قاله الجلال بحسب ما يظهر من عبارته ونصها ويجاب بأن المراد ما انتفى فيه الإجبار مما هو محله وهو أصرح في المراد مما في المحرر ا هـ

والظاهر أن هذا الذي فهمه الشارح من كلام الجلال المبني على أن مرجع الضمير فيه كلام المصنف ليس مراده إذ لا يسعه ذلك وإنما مراده أن ما ذكره في بيان مراد المصنف أصرح مما في المحرر وإن كان ما في المحرر أصرح مما في كلام المصنف فمرجع الضمير ما ذكره هو لا ما ذكره المصنف فتأمل

واعلم أن الشارح لم يذكر الجواب عن كون." (١)

"ثم أخذ في بيان سننه فقال (عذب صوت) بالجر صفة لذكر ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم اختار أبا محذورة لحسن صوته وأنه أرق لسامعيه فيكون ميلهم للإجابة أكثر (جهوري) الصوت أي شديده ورفيعه لقوله صلى الله عليه وسلم في خبر عبد الله بن زيد ﴿ : ألقه على بلال فإنه أندى منك صوتا ﴾ أي أبعد ولزيادة الإبلاغ وكونه (عن احتساب) به أجرا عند الله لقول عثمان بن أبي العاصي رضي الله عنه ﴿ : آخر ما عهد إلي النبي صلى الله عليه وسلم قال : اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا ﴾ رواه الترمذي وحسنه ولكل أحد الرزق عليه من ماله وللإمام عند فقد محتسب الرزق من المصالح عند الحاجة بقدرها فلو احتسب فاسق فله رزق أمين أو أمين فله رزق أحسن صوت إن رآه مصلحة ويجوز الاكتراء عليه كما سيأتي به في بابه ثم إن كان من بيت المال لم يشترط بيان المدة ، بل يكفي كل شهر بكذا كالجزية والخراج أو من ماله أو المكتري أح د الرعية اشترط بيانها ، والرزق أن يعطيه ما يكفيه وعياله ، والأجرة ما يقع به التراضي (ثقة) ؛ لأنه أمين على الوقت ؛ ولأنه يؤذن بعلو ، والفاسق لا يؤمن أن ينظر إلى العورات ، وأذانه مكروه لكن يحصل به السنة وإن لم يقبل خبره في الوقت قال الأذرعي ومقتضى النص وكلام الروضة في أصلها جواز تولية الفاسق الأذان للجماعة ، والوجه تأويله ، فلا يجوز توليته شيئا من أمور الدين كما نص عليه في الأم من مواضع أخر انتهى وقد يحمل الكلام الأول على." (٢)

"(وقرب) أنت إن حضرت الجنائز دفعة ولم تتحد نوعا (من الإمام رجلا ، ثم الصبي وراء) أي : وراء الرجل ، وفائدة ذكر وراء دفع إرادة القول بأنهم يوضعون كوضع الخناثى الآتي بيانه (فالمرأة بعد الخنثى) وذلك لما مر من الآثار ؛ ولئلا يتقدم ناقص على كامل ومن ثم توضع الخناثى عن يمين الإمام صفا رأس كل واحد عند رجل الآخر وفارق ذلك الدفن حيث يقدم فيه الرجل إلى القبلة ، ثم من بعده بأن قرب الإمام مطلوب ، وهو ممكن في الصلاة ففعل فإن اتحدت نوعا فحكمه ما بينه بقوله (وحيث كل) منها (ذكرا) رجل ، أو صبي (وأنثى) ، أو خنثى (فقرعة) أي : فقرب بقرعة بين المتنازعين من أوليائهم (وبالتراضي) منهم بتقريب واحد (والتقى) أي : الورع ، كما عبر به الحاوي (ونحوه) مما يرغب في الصلاة عليه لا بالحرية لزوال الرق بالموت ، كما مر ولو عطف هذا بالفاء وقدمه على القرعة فقال :

---

(١) حاشية المغربى على نهاية المحتاج، ٢٨٨/٨

(٢) شرح البهجة الوردية، ١١٣/٣

فالتقى ونحوه فقرع ة كان أولى ، فإن صلوا على كل وحده ، والإمام واحد قدم من يخاف فساده ثم الأفضل قال الماوردي : هذا إن تراضوا وإلا أقرع بين الفاضل وغيره ، واستشكله في الكفاية بالتقريب للإمام ويجاب بأنه أخف من التقديم في الصلاة

." (١)

."

(قوله : فما له يردها إكراها) ؛ لأن للساعي ولو بعد الرد أخذها من عينها لو تعذر أخذها من المشتري فهو كعيب حدث .

ا هـ .

شرح الإرشاد وهو صريح في وجوب الزكاة على المشتري عند الرد بالتراضي .

(قوله : من حيث إن للساعي إلخ) وإن قلنا أن الزكاة تعلقت بالذمة .

ا هـ .

روضة .

(قوله : ما لو ردها عليه برضاه) ظاهره وجوب الزكاة حينئذ على المشتري .

(قوله : لإسقاط البائع حقه) وهو عدم تعلق الساعي بعينها عند تعذر أخذها من المشتري وحينئذ فلو أخذها الساعي من عينها رجع البائع على المشتري ؛ لأن الزكاة وجبت عليه لحولان الحول عنده فليحرر ، ثم إذا رجع فالظاهر أنه يرجع بمثل المخرج إن كان مثليا وقيمته إن كان متقوما فإن اختلفا في القيمة فالقول قول المشتري ؛ لأنه غارم قلته قياسا على ما قالوه في باب الخلطة فليراجع .

(قوله : وإن كان المخرج إلخ) ولا يقال لا أرش له وينتظر عود ما ب ا عه إليه ليرد الجميع كما لو باع بعض المبيع ؛ لأن تعلق الزكاة به قهري فكأنه تلف بخلاف بيع البعض وبه يرد ما في الحاشية .

ا هـ .

وعبارة الروضة وعلى هذا أي : الأول هل يرجع بالأرش إن كان المخرج باقيا في يد المساكين ؟ وجهان أحدهما : لا يرجع لاحتمال عوده .

والثاني : يرجع وهو ظاهر النص ؛ لأن نقصانه كعيب حادث ولو حدث عيب رجع بالأرش ولا ينتظر زوال العيب." (٢)

"عليه (وذا) أي الإيجاب (كبعت) أو (ملكت) ، أو (شريتك) بمعنى بعتك أو هذا مبيع منك ، أو أنا بائعه لك ، أو نحوهما كما قاله الإسنوي ، وغيره بحثا قياسا على الطلاق خلافا لابن عبد السلام .

وكذا (اشتر) مني فإنه استدعاء جازم فقام مقام الإيجاب ؛ لدلالته على الرضا ، بخلاف أتشتري مني ؟ أو اشتريته مني

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٧٨/٦

(٢) شرح البهجة الوردية، ٣١٨/٦

؛ لأنه مجرد استبانة لرغبة المشتري .
ونبه بزيادته الكاف أول الأمثلة على عدم الحصر فيها وفيما سيأتي من نعم ولفظ الهبة فيكفي غيرها كلفظ المصارفة ، والتولية ، والتشريك ، والتعويض كما سيأتي في أبوابها وبزيادته كاف شريتك على اعتبار الخطاب في الإيجاب وإسناد الإيجاب لجملة المخاطب ، فلا يكفي بعت ولا بعت يدك ، أو نصفك ، ولا بعت موكلك بل يقول : بعتك ، أو ملكتك ، وإنما اكتفي في النكاح بأنكحت موكلك بل يتعين ؛ لأن الوكيل ثم سفير محض ، وقد لا يعتبر الخطاب كما في نعم بقرينة ذكرها بعد كأن يقول المتوسط للبائع : بعت هذا بكذا فيقول : نعم ، أو بعت ثم يقول للمشتري اشتريت بكذا فيقول : نعم أو اشتريت فيصح البيع على الأصح في أصل الروضة ؛ لوجود الصيغة ، **والتراضي** .
(ولو) كان الإيجاب (بإن) أي : مع إن (شئت) فإنه ينعقد البيع (على المشتهر) فلا يضر التعليق بذلك ؛ لأنه تصريح بمقتضى العقد وظاهره التسوية بين تقديمه على الإيجاب وتأخيره عنه ، وهو ظاهر كنظائره من نحو قوله : إن كان هذا ملكي فقد بعتكه وكالإيجاب في ذلك القبول كأن يقول : اشتريت منك هذا بكذا إن شئت." (١)

"(و) يحرم (سوم السلعه) أي سومه لها على سوم غيره بأن يرغب من أخذ شيئا ليشتريه في رده ليبيعه خيرا منه بمثل ثمنه أو مثله بأقل أو يرغب مالكه في استرداده ليشتريه منه بأكثر لخبر الصحيحين ﴿ لا يسوم الرجل على سوم أخيه ﴾ وهو خبر بمعنى النهي والمعنى فيه الإيذاء وذكر الأخ في الخبر ليس للتقيد بل للرقة والعطف عليه وإنما يحرم (بعد قرار ثمن المبيع) لا قبله بأن كان إذ ذاك ينادي عليه لطلب الزيادة وقرار الثمن **بالتراضي** به صريحا بخلاف السكوت وغير الصريح .
(و) يحرم (البيع) على البيع قبل لزومه بأن يرغب المشتري في الفسخ في زمن الخيار ليبيعه خيرا منه بمثل ثمنه أو مثله بأقل لخبر الصحيحين ﴿ لا يبع بعضكم على بيع بعض ﴾ زاد النسائي ﴿ حتى يبتاع أو يذر ﴾ والمعنى فيه الإيذاء قال الرافعي وشرط ابن كج لتحريم ذلك أن لا يفرط غبن المشتري فإن أفرط فله أن يعرفه ويبيع على بيعه ؛ لأنه ضرب من النصيحة ، قال النووي انفرد بذلك ابن كج وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث فالمختار أنه ليس بشرط ونص الشافعي في اختلاف الحديث على نهي الرجل أن يبيع المشتري في مجلس العقد سلعة مثل التي اشتراها خشية أن يرد الأولى وظاهر أن خيار الشرط فيما قاله كخيار المجلس .
(و) يحرم (الشرا) على الشراء قبل لزومه بأن يرغب البائع في الفسخ في زمن الخيار ليشتريه منه بأكثر ؛ لأنه في معنى البيع على البيع وفي مسلم ﴿ المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على." (٢)
."
(فصل في الخيار) .

---
(١) شرح البهجة الوردية، ٣٠٦/٨
(٢) شرح البهجة الوردية، ٣١/٩

(قوله : وصلح معاوضة) قال في شرح الروضة على غير منفعة .

(قوله : وقسمة رد) بخلاف غيرها ولو جرى **بالتراضي** ؛ لأن الممتنع منه يجبر عليه والإجبار ينافي الخيار قال في شرح الروضة : دون قسمتي الإفراز والتعديل .

قوله : ولو كان معطوفا إلخ) بينا في بعض الهوامش وجه الفرار من العطف .

(قوله : وما رضي لنفسه يبقى لطفل لا له) اعلم أن الذي يظهر أنه لا يجوز له إلزام العقد للطفل إلا إذا كانت المصلحة فيه ومع ذلك فله الفسخ من جهة نفسه وإن كانت مصلحة الطفل في الإجازة ؛ لأنه فائدة ثبوت الخيار له إذ لو وجبت عليه مراعاة مصلحة الطفل مطلقا لم يكن في ثبوت الخيار لنفسه فائدة والحاصل أنه ليس له إجازة ، أو فسخ من جهة الطفل إلا بالمصلحة وأن له الإجازة والفسخ من جهة نفسه وإن كانت مصلحة الطفل في خلافه فليتأمل وما ذكره الشهاب في العباب وشرح الإرشاد الصغير هنا لا يخ ا لف ما قلناه عند التأمل .

(قوله : وفيه نظر) لعل وجه النظر أن إلزامهما للطفل مبني على أن المصلحة له ؛ لأنهما مأموران بمراعاة مصلحته وقضية أن مصلحته في الإلزام أن تكون المصلحة في الإلزام من جهتهما أيضا ؛ لئلا تفوت مصلحته فأين الأولوية ؟ (قوله : ولا بيع عبد نفسه) مضاف للمفعول قال في القوت ولو اشترى من شهد بحريته فأوجه أصحها يثبت للبائع فقط بر .

(قوله : أي من نفسه) ظاهره أنه لا خيار للعبد ولا لبائعه وهو المعتمد كما قاله شيخنا الشهاب." (١)

"(قوله : لتعذر رده) أي : حيث لا خيار للمشتري أو لهما وإلا ثبت له الفسخ من حيث الخيار وإن حدث العيب في يده فيرده مع الأرش كما في حاشية المنهج .

(قوله : كالخصا) لعل المراد المسح ؛ لأن الذي لا ينقص قيمته للرغبة فيه هو الممسوح .

(قوله : فإن لم يزد النقص إلخ) نقل المحشي سابقا عن شرح العباب ضعف هذا التقييد ؛ لأن الحادث من آثار القديم .

(قوله : لا يعلمه) ؛ لأنه قد يرضى به بجميع الثمن .

ا هـ .

ق ل .

قوله : الرجوع) وكون المقصود العتق لا يمنع الأرش لأنه إنما بذل الثمن في مقابلة التسليم .

ا هـ .

ابن عبد الحق (قوله : ؛ لأن المبيع مضمون على البائع) خرج به ما لو وجب الأرش للبائع على المشتري كما لو وجد بعد الفسخ بالمبيع عيبا حدث عند المشتري قبله فإن الأرش ينسب إلى القيمة لا إلى الثمن ؛ لأن العقد قد انفسخ وصار المقبوض في يده كالمستام .

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٥٣/٩

ا هـ .

م ر قال بعضهم وفي بـقـاء الفسخ نظر والوجه بطلانه لتبين سقوط الرد القهري ويرجع المشتري على البائع بأرش القديم .

ا هـ .

ق ل على الجلال وفيه أن هذا التعليل لا يقتضي انفساخ الفسخ بمجرد الاطلاع على العيب بل يقتضي ثبوت خيار البائع فيه إن شاء فسخه وغرم أرش القديم وإن شاء أبقاه وأخذ أرش الحادث من القيمة لا من الثمن يدل على هذا أن الساقط بالعيب الحادث إنما هو الرد القهري فقط لا الرد مطلقا تدبر .

(قوله : بعينه) وله الرجوع إلى بدله **بالتراضي** .

ا هـ .

جمل على المنهج ولو أبرأه البائع من الثمن لم يرجع." (١)

"(وبعد أخذ أرش عيب قدما) أي وبعد أخذ المشتري أرش العيب القديم لتعذر الرد القهري بعيب حدث عنده (ليس) له أن (يرد) المبيع مع الأرش (إن) عيب (جديد عدما) لانفصال الأمر بالأخذ (وقبله) أي وإن عدم العيب الحادث قبل أخذه الأرش (بعد قضاء القاضي) له (بالأرش لم يمنع) من الرد كما قبل القضاء به وهذا وجه والأصح في أصل الروضة أنه يمنع منه (**كبالتراضي**) أي كما لا يمنع منه بتراضي العاقدين ، ولو بعد أخذ الأرش (وإن بجنسه ربوي بيعا) أي وإن بيع الربوي الذي به عيب قديم بجنسه وحدث به عيب (رد) هـ المشتري (بأرش حادث) أي مع رد أرش العيب الحادث ويمتنع إمساكه مع أخذ أرش القديم ؛ لأنه يؤدي إلى الربا بخلاف رده مع أرش الحادث إذ لا مفاضلة بين العوضين في البيع لتماثلهما فيه وإنما العيب الحادث مضمون عليه كعيب المأخوذ على جهة السوم فعليه غرمه قال الشيخان : فإن تعذر رده لتلـفه ففي الشامل والتتمة لا أرش له بل يفسخ ويغرم البدل ويسترد الثمن وصحح البغوي ثبوت الأرش وزاد الناظم (جميعا) تكملة وقد يقال إنه احتراز عن رد بعض الربوي المذكور فيمتنع وإن رد معه الأرش لما فيه من تفريق الصفقة على البائع بلا ضرورة ، وهذا مع أنه علم مما مر أنه لا يختص بالربوي .

(**وبالتراضي**) يرد المبيع مع أرش الحادث (في سوى) أي في سوى الربوي المذكور فإن لم يتراضيا تعين الإمساك بأرش القديم سواء أراد البائع بذله وامتنع المشتري من أخذه." (٢)

"(قوله : ولو بعد أخذ الأرش) هكذا طبق عليه شرح الحاوي وفيه نظر ؛ لأنه بأخذ الأرش قد ملكه ملكا مستقرا وانتهت الخصومة فليؤول الرد **بالتراضي** على الفسخ بالإقالة لا على خصوص الرد بالعيب برلسي ما المانع من الرد بخصوص العيب **بالتراضي** فينقض الملك المستقر .

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٩/١٥٧

(٢) شرح البهجة الوردية، ٩/١٦٠

(قوله : ؛ لأنه يؤدي إلى الربا) ؛ لأن الثمن ينقص فيصير الباقي منه مقابلا بأكثر منه .
(قوله : بخلاف رده مع أرش الحادث) قال في شرح الروض وقد مثل المسألة بما إذا اشترى حلي ذهب بوزنه ذهبا ما نصه ولو كان الحادث ينقص الوزن .
غرم زنته ورد قاله الزركشي وظاهر أن محله إذا لم تنقص مع ذلك القيمة ا هـ .
(قوله : فإن تعذر رده لتلفه إلخ) قال في شرح الروض قال ابن يونس : ومحل ما ذكر إذا كان العيب بغير غش وإلا فقد بان فساد البيع لاشتماله على ربا الفضل ا هـ .
(قوله : بل يفسخ) جزم به الروض .
(قوله : **وبالتراضي** في سوى) هذا مفروض فيما إذا حدث عيب ولم يزل ولم يأخذ أرش القديم وقوله : السابق **كبالتراضي** مفروض فيما إذا أخذ أرش العيب القديم ثم زال العيب فلا تكرار خلافا لما توهمه بعض الطلبة .
(قوله : تعين الإمساك) ظاهره وإن كان طالب الرد نحو ولي والمصلحة فيه .
(قوله : لم يكن في العقد) أي : فكان الأول أولى قال في شرح الروض واستشكل هذا بما مر آنفا من أنهما لو تراضيا بالرد مع ضم أرش الحادث جاز وإن لم يكن مستندا إلى أصل العقد وأجيب بأنه لما كان الفسخ ثم **بالتراضي** احتمل فيه هذه." (١)

"(قوله : وإن بجنسه إلخ) بخلاف ما لو بيع بغير جنسه كإردب قمح بإردب شعير أو دابة بذهب ، ثم ظهر بعد تلف المبيع عيب فإنه يدفع الأرش ولا يقال إنا لو ضمنا هذا الجزء للمبيع وجعل كأن العقد وقع عليهما وقوبلا بما بقي من الثمن لكان من قبيل مد عجوة ودرهم ؛ لأنا نقول لا معنى للضم في ذلك لأن هذا الجزء قد رجع للمشتري فكأنه اشترى المبيع بما بقي من الثمن وهذا غير مضر في غير الربوي المبيع بجنسه .
أما فيه فمضر للزوم المفاضلة إن أخذ الأرش من عين الثمن أو جنسه أو لكونه يصير من قبيل مد عجوة إن أخذ من غير جنسه **بالتراضي** ، فالمخلص فسخ العقد إن لم يرض المشتري بالبقاء ، ثم يغرم بدل التالف ويسترجع الثمن هذا كله إن ورد البيع على العين ، أما ما ورد على الذمة ، ثم عين فيغرم بدله ويستبدل وإن كان قد تفرقا .
ا هـ .
ز ي شوبري أي : ولا فسخ ا هـ شيخنا ذ رحمه الله بهامش المحلي .
(قوله : **وبالتراضي** إلخ) ترك هنا مرتبة قبل هذا وهي ما إذا رضي به البائع بلا أرش للحادث وحينئذ فإما أن يرده المشتري بلا أرش أو يقنع به بلا أرش للقديم كما في المنهاج وغيره .
(قوله : أيضا **وبالتراضي** يرد إلخ) أي : أو يغرم البائع أرش القديم ولكن يتعين الأحظ منهما في نحو ولي المحجور إن رضي الآخر ا هـ شيخنا د بهامش المحلي .

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٦٢/٩

(قوله : فإن لم يتراضيا إلخ) محل ما ذكر إن بادر المشتري بإعلام البائع بالحادث ليختار ما ذكر وإلا بأن أخر إعلامه بلا عذر فلا رد ولا." (١)

"يتأتى إعطاء الثمن كله للمرتهن تدبر .

(قوله ليعطى الثمن إلخ) الظاهر أن المراد أنه يعطاه للوفاء لا ليكون رهنا تحت يده ، ولو أراد لم يكف مجرد **التراضي** ، بل لا بد من عقد فيما يظهر سم على التحفة .

(قوله وقد يشكل إلخ) كل من الإشكال والجواب مردود ؛ لأن مسألة الزوجة ليست نظير مسألتنا ، وإنما نظيرها من مسألتنا أن يكون الأرش بيد الراهن لكون الأصل كان بيده ، وهو حينئذ لا يرد إلى المقر ، إذ المعتبر فيهما أن من بيده المال معترف ، بأنه لغيره ، وذلك الغير ينكره فيقر المال في يده فيهما ا هـ .

م ر ونظر فيه بعضهم." (٢)

"(قوله : سقط الأجل إلخ) إلا إن ظن صحة الصلح فلا يصح التعجيل فيسترد ما دفعه نبه عليه ابن الرفعة . ا هـ .

شرح منهج واعتمده م ر فلو أراد بعد ذلك أن يجعله عن الدين بلا استرداد فالظاهر الصحة ؛ لأنه **بالتراضي** كأنه ملكه تلك الدراهم بما له عليه من الدين فأشبه ما لو باع العين المغصوبة من الغاصب بما له عليه من الدين ا هـ جمل و ع ش وكتب ق ل على قول المنهاج : " فإن عجل المؤجل صح الأداء " ما نصه : ووقع عن الدين وإن ظن صحة الصلح لكن له في هذه الاسترداد ؛ لأنه أدى عن اعتقاد أمر باطل فلو لم يسترد وقع عن الدين خلافا لما نقل عن بعضهم وعليه ينزل قول شرح المنهج بعدم صحة التعجيل." (٣)

"في مسألة العلو والسفل قال ما نصه : وبما قاله كغيره يؤخذ أن له البناء بآلته وإن لم يمتنع الأسفل ومثله الشريك في الجدار المشترك ونحوه وفي ذلك وقفة ا هـ نعم قول المصنف لشريك امتنع قد يدل على أنه ليس لأحدهما العمارة قبل امتناع الآخر ، ثم لو قلنا بالجواز قبل الامتناع فهل له منع الآخر من الانتفاع بنحو فتح الكوة وغرز الوتد ؟ فيه نظر (قوله : ؛ لأن له حقا إلخ) قال السبكي : لا دليل على ذلك فالوجه التوقف ولم أر لأحد من الأصحاب خلافا لذلك ولكن الفقه يقتضي ما ذكرته فإن العرصة مشتركة ولا حق لأحدهما على الآخر في الاستبداد بها لا سيما وهو يمكنه المقاسمة فإن الصحيح جريان المقاسمة في ذلك **بالتراضي** عرضا في كمال الطول وبها يندفع الضرر فما الداعي إلى الإجبار على تمكينه من البناء على غير ملكه ؟ ويبقى البناء بلا أجرة في أرض الغير من غير إعارة منه ولا إجارة ولا بيع هذا بعيد من ال قواعد قال : الأذرعي وما ذكره ظاهر كذا في الناشري وهو صريح في أنه لا أجرة عليه للشريك الآخر

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٦٤/٩

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٠٣/١٠

(٣) شرح البهجة الوردية، ٢٦٢/١٠

وانظر ما دل عليه قوله : فإن العرصة إلخ مع ما في الحاشية الأخرى عن ابن المقري (قوله : ؛ ولأنه يجوز لصاحب العلو إلخ) قال : في الروض ولصاحب العلو بناؤه أي السفل بماله فقط ويكون المعاد ملكه ولصاحب السفل السكنى أي في المعاد وللأعلى هدمه وكذا للأسفل إن بناه أي الأعلى قبل امتناعه ما لم يبن علوه فإن بناه فللأسفل تملك السفل بالقيمة أي وليس له هدمه قال في الشرح :." (١)

"يفرض إلا حالا وأيضا فلو قسطناه فهل نوجب قسط كل ساعة عند انقضائها أو كل يوم أو شهر أو سنة وأقرب ما يمكن سلوكه ما ذكروه في الصلح من منع حق البناء دائما على الأرض بعوض حال إما بلفظ البيع أو بلفظ الإجارة ، وإن كانت المدة مجهولة على ما سبق فينظر إلى المقدار المشغول من الأرض ، ثم نقول لو أجر هذا لنحو بناء دائما بعوض حال كم يساوي فإذا قيل كذا أوجبناه غير أنه يلزم منه أن يبني ويغرس غير القائم عند قلع القائم أو تلفه وأن يؤجر المنفعة لغيره وفيه بعد ا هـ ولا يخفى أن قول الشارح إلى أن يختار المستعير ينافي وجود العقد ؛ لأن العقد يتوقف على تعيين المدة أو تأبيدها وذلك ينافي التقييد باختيار المستعير فليتأمل سم (قوله : أو ملك بقيمة) أي بعقد بإيجاب وقبول بشروط البيع فقد قال الإسنوي في شرح المنهاج ما نصه وعلة القائل بأنه لا يتملك أن ذلك بيع فلا بد فيه من التراضي كذا ذكره ال رافعي وبذلك تعلم أن القائل بالتملك يقول : لا بد فيه من عقد ولا يلحقه بالشفيع وأشار في الكفاية إلى ثبوت وجهين فيه ا هـ (قوله : بين الخصال الثلاث) اعتمده م ر (قوله : التبقية بالأجرة) وقال الزركشي يتخير بين ذلك وبين قلعهما بالأرش ذكره في شرح الروض م ر (قوله : فيما لو وقف إلخ) قال في شرح الروض ومحله أيضا إذا لم توقف الأرض وإلا فيتخير بين الثلاث لكن لا يقلع بالأرش إلا إذا كان أصلح للوقف من التبقية بالأجرة ولا يتملك بالقيمة إلا إذا كان." (٢)

"فلو قال : أجرتك هذا بملء كفي دراهم لم يصح ، وكذا لو أجره بنفقته ، وكسوته وهذا لا ينافيه جواز الحج بالرزق ؛ لأنه ليس بإجارة كما اقتضاه قول الشرح الصغير ، والروضة يجوز الحج بالرزق كما يجوز بالإجارة ، بل هو نوع من التراضي ، والمعونة كما أشار إليه البيهقي ، واختاره السبكي ، وأما إيجار عمر أرض السواد بأجرة مجهولة فلما فيه من المصلحة العامة المؤبدة (لا) إجارة الشيء (بالعمارة) له فإنها لا تصح للجهالة ، وكذا لو أجره بدراهم معلومة على أن يصرفها في العمارة ؛ لأن العمل في الصرف مجهول ، فإن صرفها في العمارة رجع بها ، فلو أطلق العقد ، ثم أذن له في الصرف فيها ، وصرف جاز كما جزم به الشيخان قال ابن الرفعة : ولم يخرجوه على اتحاد القابض ، والمقبض ؛ لوقوعه ضمنا ، فإن اختلفا في قدر ما أنفق ففي المصدق منهما وجهان : أشبههما في الأنوار المنفق إن ادعى محتملا (ولا جزء المحل ل ع مل) أي : ولا تصح الإجارة بجزء من محل العمل (إن كان) استحقاقه (من بعد العمل) كأن استأجره لطحن حنطة بصاع من دقيقها ، أو لسلخ شاة بجلدها ، أو لإرضاع رقيق بنصفه بعد الإرضاع ؛ لأنه صلى الله

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٢٩٥/١٠

(٢) شرح البهجة الوردية، ٢٦٧/١١

عليه وسلم ﴿ نهى عن قفيز الطحان ﴾ رواه البيهقي بإسناد حسن وفسروه باستئجار الطحان على طحن الحنطة ببعض دقيقها ، ولأن الأجرة ليست في الحال بالهيئة المشروطة فهي غير مقدور عليها وللجهل بها حينئذ ، أما إذا كان قبل العمل كأن استأجره لطحن الحنطة بصاع منها ، أو لإرضاع." (١)

"يحمل ما نقله الإسنوي من نص الشافعي على عدم الجواز كما في الناشري وهو يفيد منع كونه جعالة أيضا .

(قوله : بل هو نوع من **التراضي**) يعني أن العامل يتبرع على صاحبه بالحج وصاحبه يتبرع عليه بالنفقة ، ومثله ما يقع أن المالك يقول لآخر : بع هذا بكذا ، وما زاد فهو لك فإن امتنع المالك بعد من دفع الزائد فلا شيء للآخر ؛ إذ ليس هنا عقد فاسد ، ولا صحيح .

ا هـ .

ناشري .

(قوله : فلما فيه إلخ) لعله لهذا اغتفر أيضا تأخر الإيجاب من المستأجرين راجعه .

(قوله : لأن العمل إلخ) فبضم المجهول للمعلوم صار الكل مجهولا .

ا هـ .

رشيدي أي : فتبطل الإجارة .

(قوله : رجع بها) أي : إن قصد الرجوع وإلا فلا ش م ر على المنهاج وظاهره وإن جهل الفساد فحرره ، ثم رأيت في ش م ر أن كل ما لا تصح الإجارة له لا يستحق العامل شيئا وإن عمل طامعا قال ع ش : لأنه ليس محلا للصحة أصلا

.

ا هـ .

ويؤخذ منه أنه ، إذا عمل هنا طامعا استحق ؛ لأنه تصح الإجارة للسكنى ، والعناد لشيء آخر فحرر .

(قوله : ثم أذن له في الصرف جاز) هذا في الملك ، أما الوقف فقال الطبلاوي لا بد من إذن قاض ، ولا يكفي إذن الناظر مطلقا وقال م ر إن أذن له في الصرف من الأجرة التي عليه جاز وكفى إذن الناظر وهذا هو الذي يدل عليه كلام الشيخين وإن أذن له في الصرف في العمارة قرضا لم يكف بل لا بد من إذن القاضي قال ق ل : واكتفى بعض مشايخنا بإذن الناظر وحده مطلقا خصوصا إذا لزم على إذن القاضي غرامة مال قال بعضهم : وهو وجيه لا." (٢)

"أي : بتعييبه ، أو تلفه بعد القبض كما في المسلم فيه ، فإن لم يكن عيب ولا تلف لم يبدل ، إلا **بالتراضي** ، أما في إجارة العين فلا يجوز إبداله كما لا يجوز إبدال المبيع ، بل تنفسخ الإجارة بتلفه ويثبت الخيار بتعيبه كما سيأتي . ويجوز إبدال المستوفى فيه المنفعة كأن اكترى دابة ليخرج بها إلى قرية فله أن يخرج بها إلى قرية أخرى مساوية لها في

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٨٩/١٢

(٢) شرح البهجة الوردية، ٩٦/١٢

الطريق قدرا وخشونة وخوفا ، وغيرها (واللبس) بكسر اللام أي : الملبوس (نزع) مستأجره وجوبا (إن نام ليلا) ، سواء الملبوس الأعلى ، والأسفل نعم لا يلزمه نزع الإزار كذا قاله ابن المقري ولم أره لغيره وكأنه نظر إلى ستر العورة ، ولو نظر إلى العادة لعمم الحكم في كل ثوب أسفل ، وهو ، وإن كان قريبا لكن كلامهم كالمصرح بمنع ذلك فطريقه إذا أراد النوم فيه أن يشرطه (ومن الأعلى يدع قيلولة ، أو خلوة لا يعذر) وفي نسخة وخلوة أي : ولا يعذر من يترك المل بوس الأعلى عليه في نوم القيلولة وفي الخلوة فيلزمه نزعه دون الأسفل فيهما وثياب التجمل إنما تلبس في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجمل كحال الخروج إلى السوق ، ونحوه ودخول الناس عليه (ويرتدى به) أي : بالمستأجر للبسه ؛ لأن ضرر الارتداء دون ضرر اللبس .

(ولا يأتزر) به ؛ لأنه أضر بالقميص من اللبس قال الشيخان : قال المتولي : وإذا اكترى للارتداء لم يجز الاتزار ويجوز التعمم .

(وهو) أي : المكتري (أمين) على ما اكتراه (ضامن التقصير) أي : ضامن فيه فلا يضمن في غيره ؛ إذ." (١)

"

(و) ما (من تعف) عن المعاصي كفؤا لغير العفيف قال تعالى ﴿ أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون ﴾ ، فلا يكافئ العفيفة إلا عفيف ، وإن لم يشتهر بالعفة ، وأفهم كلامه كأصله بالأولى أن المبتدع ليس كفؤا للسنية ، ولا الكافر كفؤا للمسلمة ، وهو كذلك ولم يعد الغزالي الإسلام في خصال الكفاءة ووجهه الرافعي بأن الفضائل المعتبرة في الكفاءة هي التي يحتمل فواتها عند **التراضي** وإسلام الزوج لا يحتمل فواته ، لكن يعتبر فيها إسلام الآباء وكثرتهم فيه ، فمن أسلم بنفسه ليس كفؤا لمن لها أب أو أكثر في الإسلام ، ومن له أبوان في الإسلام ليس كفؤا لمن لها ثلاثة آباء فيه .

(و) ما (حرة) أصلية أو عتيقة كفؤا لغير الحر ولو مبعضا أو مكاتبا ؛ لأنها تعير به وتتضرر بأنه لا ينفق عليها إلا نفقة المعسرين ، والعتيق ليس كفؤا لحرة أصلية بخلاف العتيقة ، ومن مس الرق أحد آبائه ليس كفؤا لمن لم يمس و احدا من آبائها أو مس أبا أبعد قال الرافعي : ويشبه أن يكون الرق في الأمهات مؤثرا ؛ ولذلك تعلق به الولاء قال في الروضة : المفهوم من كلامهم أنه لا يؤثر وصرح به صاحب البيان فقال : من ولدته رقيقة كفؤ لمن ولدته عربية ؛ لأنه يتبع الأب في النسب ، وقوله : (كفؤا لغير من وصف) أي : بما ذكر خبر ما كما تقرر وما عبر به موافق لما عبر به الحاوي ، ولو عكسا كغيرهما فقالا : وما غير نسيب إلى آخره كفؤا لمن وصف كان أوضح لظهوره في كونه دونها إذ المتبادر إلى." (٢)

"(قوله : ولو في حالة الجهل) عبارة م ر ولو كان الولد حملا عند الإصداق فإن رضيت رجع في نصفها ، وإلا فله قيمة نصفه يوم الانفصال مع نصف قيمتها أي : وقت الفرقة إن لم يميز وقال قبل ذلك : ولها زيادة قبل الفراق

(١) شرح البهجة الوردية، ١٧٣/١٢

(٢) شرح البهجة الوردية، ٣١٢/١٤

منفصلة كولد وثمر فيرجع في الأصل أو نصفه ، أو بدله دونها لحدوثها في ملكها ، والفراق إنما يقطع ملكها من حين وجوده لا قبله نعم في ولد الأمة الذي لا يميز يتعين نصف قيمة أمه لا نصف أمه حذرا من التفريق .

ا هـ .

بإيضاح يسير من ع ش وقوله : أولا فإن رضيت رجع في نصفهما إنما اعتبر رضاها لأنه زاد صفة هي انفصاله .

(قوله : برجوعه) أي : في الأمة ، أو نصفها دون الولد إذ لا حق له فيها هنا بخلاف ما سيأتي ؛ لأنه أصدقها هنا حائلا وفيما يأتي حاملا وهو ظاهر .

(قوله : ورضاع) يؤخذ من شرح الإرشاد أن هذا مبني على ضعيف فيكون هذا **التراضي** في ترك الإرضاع باطلا ويتعين الرجوع للقيمة .

(قوله : لأنه أسقط حقه) فلا يعود له." (١)

"(قوله : يتعين اللفظ من جانبه) لو كان قد علق طلاقها بفعله كدخوله الدار فقالت له : إن طلقتني فلك ألف ، فدخل الدار ، ظاهر الشرح أنه لا يستحق الألف وله وجه ؛ لأن التطليق إنما هو بالتعليق مجانا ، والدخول شرط فليراجع .

(قوله : ولو علقه بوصف) ولو قالت له : إذا جاء الغد فطلقني ولك ألف فطلقها في الغد إجابة لها استحق الألف ، وكذا لو طلقها قبله إن بقيت قابلة للطلاق إلى الغد وإلا فلا .

ا هـ .

شرح الروض .

(قوله : فيشترط القبول) أي فورا .

(قوله : في الحال) ؛ لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال ، والمعوض متأخر **بالتراضي** لوقوعه في التعليق بخلاف المنجز من خلع وغيره يجب فيه تقارن العوضين في الملك .

ا هـ .

: شرح الروض قال ق ل : ويملكه ويتصرف فيه بما يريد ثم إن دخلت فواضح وإن تعذر رجعت عليه بما دفعته له إن بقي وبدله إن تلف .

ا هـ .

وهو إيضاح لما في الشرح .

(قوله : من صحة الخلع المعلق) أي : من وقوعه بالمسمى م ر .

(قوله : أنه لو قال : إلخ) عبارة سم على التحفة لو قال : إن كنت حاملا فأنت طالق بدينار فقبلت ، طلقت بمهر المثل لفساد المسمى ووجه فساده أن الحمل مجهول لا يمكن التوصل إليه في الحال فأشبه ما إذا جعله عوضا .

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٥٩/١٥

ا هـ .

روض وشرحه .

ا هـ .

مرصفي .

(قوله : ونحوهما) أي : مما يدل على العموم في الزمن الآتي .

(قوله : أو نحوهما) أي : من كل ما لم يدل على العموم في الزمن الآتي ، وإن دل على الزمن المطلق كإذا .

(قوله : ولذلك إلخ) لو بدأ." (١)

"(ولازمت) وجوبا المعتدة عن فرقة حياة أو وفاة (مسكن فرقة) لائقا بها إلى انقضاء العدة فلا تخرج منه ولا يخرجها منه ذو العدة لقوله تعالى ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ قال ابن عباس : أي بالبذاءة على أهل زوجها ولخبر ﴿ فريعة بنت مالك أن زوجها قتل فسألت النبي صلى الله عليه وسلم أن ترجع إلى أهلها وقالت إن زوجي لم يتركني في منزل يملكه فأذن لها في الرجوع قالت : فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت : فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا ﴾ رواه الترمذي وغيره وصححوه فلو اتفقا على الخروج منه بلا حاجة لم يجز ؛ لأن في العدة حقا لله تعالى فلا يسقط **بالتراضي** وكالمعتدة عما ذكر المعتدة عن وطء شبهة أو نكاح فاسد وإن لم تستحق السكنى على الواطئ والناكح وشمل كلامه الرجعية وبه صرح في النهاية وفي حاوي الماوردي والمهذب وغيرهما : أن للزوج أن يسكنها حيث شاء ؛ لأنها في حكم الزوجة وبه جزم النووي في نكته وكلامه في غيرها يقتضي الأول ونص عليه في الأم كما قاله ابن الرفعة وغيره قال السبكي : وهو أولى لإطلاق الآية وقال الزركشي : إنه الصواب وشمل كلامه أيضا مسكن المعتدة المملوك لها فيلزمها ملازمته وتطلب الأجرة وبه جزم في المنهاج كالمحرر لكن صحح في أصل الروضة أنها تتخير بين بقائها فيه بإعارة أو إجارة وبين طلب النقلة إلى غيره إذ لا." (٢)

"(قوله أي عن واجبها الذي استقر) قال في شرح الروض : وقضيته عدم جواز الاعتياض عن نفقة اليوم قبل انقضائه لعدم استقرارها لاحتمال سقوطها بنشوز وفيه وقفة .

ا هـ .

وفي الروض قبل هذا ولها بيع نفقته اليوم لا الغد منه أي من زوجها قبل القبض لا من غيره قال في شرحه على ما صححه المنهاج كأصله لكن المصنف كالروضة قدم في باب البيع قبل القبض جواز ذلك مطلقا أما نفقة الغد فلا يجوز لها بيعها مطلقا لعدم ملكها .

ا هـ .

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٣٠٧/١٥

(٢) شرح البهجة الوردية، ٤٧٢/١٦

أي وأما النفقة الماضية فيجوز بيعها ولو لغير الزوج كما هو ظاهر بناء على جواز بيع الدين لغير من عليه (قوله : من نفقة وكسوة) ينبغي وغيرهما كالظروف م ر (قوله : وقضية التعليل .

.

.

إلخ) إذا عوضها الدراهم مثلا فإن عوضها عن جميع ما وجب لها من نفقة وكسوة وغيرهما جاز بشرطه أو عن بعض ذلك كالنفقة مثلا جاز وبقي الباقي على ما كان فلو اختلفا في التعويض فقال الزوج كان عن الجم يع وقالت بل عن النفقة فقط مثلا فينبغي أن القول قولها لأن الأصل بقاء حقها وعدم براءته منه ولو دفع إليها دراهم وقال : دفعتها عوضا وقالت لم أرض بالتعويض فينبغي أن القول قولها إذ لا بد من رضاها به والأصل عدمه بخلاف ما لو دفع من عليه دينان وادعى قصد أحدهما لأنه هناك لا يعتبر رضا الدائن ، ولو تراضيا أن يدفع دراهم عن النفقة مثلا فلهما الرجوع لكن كل ما أخذ قبل الرجوع يسقط به الحق لوجود **التراضي** م ر .." (١)

"الباقي ، والعبرة في التقويم بنقد مكان الإعواز ولو أراد المستحق عند الإعواز الصبر حتى توجد الإبل .

قال الإمام الظاهر امتثاله ؛ لأنها الأصل وجوزوا العدول عن الإبل عند وجودها إلى غير الواجب من نوع ، أو قيمة **بالتراضي** .

قال صاحب البيان : كذا أطلقوه وليكن مبنيا على جواز الصلح عن إبل الدية نقله عنه الشيخان وأقراه وجزما به في الباب الثاني في العفو لكنهما نقلا عن الجمهور في كتاب الصلح أنه لا يجوز الصلح عنها **بالتراضي** لجهالتها وحمل ابن الرفعة ما هناك على ما إذا كانت مجهولة الصفة وما هنا على ما إذا كانت معلومتها وبما تقرر علم أنه إذا تعين نوع لا يجوز العدول عنه إلى ما فوقه إلا **بالتراضي** كما لو عدل إلى ما دونه وبه صرح الشيخان والذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه وجرى عليه القاضي وسليم والبندنيجي كما قاله ابن الرفعة جواز العدول إلى ما فوقه

." (٢)

"أصلية من أن المعنى أنه يفرض الأصلية فقط ، أما لو صور بأن تقوم بالأصلية مع الزائدة ، ثم بالأصلية فقط ، وتعتبر النسبة بينهما ، فلا يتأتى الرد بما ذكر ، بل يكون كالسن الزائدة بلا فرق .

ا هـ .

ع ش ، وكتب الرشيدي على قول م ر بخلاف السن ، ولحية المرأة يتأمل فإنه قد لا تظهر مخالفة إلا أن يقال الفرق أن الجاني في السن ، واللحية قد باشرهما بالجناية عليهما استقلالا بخلاف الأنملة فإنه إنما باشر الجناية على الأصلية ، والزائدة قد وقعت تبعا ، ولعل هذا هو المراد بقول م ر بإيجاب شيء عليه لم تقتضه جنايته .

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٥٢/١٧

(٢) شرح البهجة الوردية، ٣٤٦/١٧

ا هـ .

وقول ع ش ، أما لو صور إلخ .

فيه نظر لأن الأصلية قد أخذت الدية في مقابلتها ، فلا معنى لاعتبارها في التقويم ، ولذا قال الرافعي أن يقوم ، وله الزائدة بلا أصلية ثم يقوم دونها فتأمل (قوله : إلا بحكم الحاكم) قيل : لأنها تفتقر إلى فرض الحر رقيقا ، وتعتبر قيمته ، ثم ينظر لمقدار النقص ، ويؤخذ بنسبته من الدية ، وهذا إنما يستقر بعد معرفة القيمة من المقومين .

ا هـ .

ولم يظهر منه وجه التوقف عليه (قوله : عن دية العضو الجريح نزلا) أي : إن كان له دية أي : مقدر فإن لم يكن له مقدر كفخذ ، وعضد اشترط أن لا تبلغ دية نفس ، وإن بلغت أرش عضو مقدر ، أو زادت عليه كما يؤخذ من المصنف ، أو لا تدبر .

(قوله : أي : فيكفي أقل متمول) ضعيف ؛ لأنه يتسامح به فيلزم المجذور المار .

ا هـ .

م ر (قوله : لم يؤثر) ظاهره ، ولو مع **التراضي** من." (١)

."

(و) مع (تساوي الحزبين) في عددهم .

(وفيه) أي : وفي عدد الرمي مطلقا والمصيب منه ؛ لأن القصد معرفة حذقهم ولا تحصل إلا مع التساوي إذ بدونه يجوز أن يكون فضل الناضلين لكثرة العدد لا للحذق ولا يجوز أن يكون عدد الرمي غير منقسم صحيحا على الحزبين وإذا التزم المال أحد الحزبين أخذ منه موزعا على عددهم ويقسم على عدد الناضلين إلا أن يشترطوا أن يقتسموا على عدد الإصابة فيتبع الشرط وليكن لكل حزب زعيم يعينهم ويتوكل عنهم في العقد ولا يجوز زعيم للحزبين ولا العقد قبل تعيين الأعوان وطريق التعيين الاختيار **بالتراضي** بأن يختار زعيم واحدا ثم الزعيم الآخر واحدا وهكذا حتى يستوعبوا لا بالقرعة ؛ لأنها قد تجمع الحذاق في جانب فيفوت مقصود المناضلة .

(قوله : غير منقسم صحيحا) وإن كان كل حزب في الحقيقة كشخص واحد بر .

(قوله : على الحزبين) هل على أفراد الحزبين أيضا." (٢)

"(و) يقسم (بتراض) لا بإجبار ، (في سوى ما قيلا) أي : في غير ما يقسم بالإجبار (مكرر) أي : **التراضي** بأن يوجد قبل القرعة وبعدها ، ويشترط ذلك في كل قسمة وقعت **بالتراضي** من قسمة الرد وغيرها ، وقسمة الرد ما لا يمكن فيه التسوية باعتبار الصفة أو القيمة لاختصاص بعضه ببئر أو بيت أو شجر أو نحوها ، فعلى آخذ ذلك

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٧٤/١٨

(٢) شرح البهجة الوردية، ٢٣٥/١٩

البعض قسط قيمة ما اختص به ، ولا إجبار في ذلك ؛ لأن فيه تمليكا لما ليس مشتركا بين الشريكين فكانا كغير الشريكين ، أما قسمة الإجبار ، فلا يعتبر فيها الرضى لا قبل القرعة ولا بعدها ، ومحل اعتبار تكرير **التراضي** إذا حكمت القرعة ، أما لو اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين والآخر الآخر ، أو يأخذ أحدهما العبد الخسيس والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فجائز بغير قرعة وتكرير تراض ، (مثل الجدار) المشترك فإنه يقسم بتكرير **التراضي** ، لا بالإجبار (طولا) في كمال العرض (بقرعة قلت وما رفع البنا عنا) أي : ما عنى الحاوي بالطول ارتفاع البناء من الأرض ، (فذا) إنما هو (سمك) له ، (بل المد عنا) أي : بل امتداده من زاوية البيت مثلا إلى زاويته الأخرى ، وعرضه البعد المقاطع لطوله كما مر في الإجارة .

(وكل وجه فلربه) يعني لمن يليه (فقط عرضا) بنصبه عطفا على طولا أي ويقسم بتكرير **التراضي** لا بالإجبار الجدار ، وطولا في كمال العرض بقرعة كما مر وعرضا في كمال الطول بلا قرعة ، بل يخص كل من الشريكين بالوجه الذي يليه وفي كيفية قسمته وجهان .

أحدهما وإليه." (١)

"(قوله وبعدها) كأن يقولا رضينا بهذه القسمة أو بما جرى بر (قوله ويشترط ذلك إلخ) فالحاصل أنه حيث جرت القسمة **بالتراضي** قبل خروج القرعة وبعدها سواء كانت القسمة مما يدخله الإجبار كقسمة الإفراز أم لا كقسمة الرد بخلاف ما إذا كانت يدخلها الإجبار وجرت بالإجبار فلا يشترط فيها ذلك والله أعلم .

.

(قوله لاختصاص بعضه إلخ) أي ولا يعادله ذلك الجانب إلا برد شيء خارج عنه بر (قوله أما لو ارتفعا إلخ) هل يكفي هذا الاتفاق في الأخذ من غير لفظ تمليك ونحوه ؟ (قوله مثل الجدار) إذا كان طوله عشرين ذراعا وعرضه ذراعين فإن قسماه طولا في كمال العرض صار لكل واحد عشرة أذرع في عرض ذراعين وإن قسماه عرضا في كمال الطول صار لكل واحد عشرون ذراعا (قوله مثله في المنهج إلخ) لكن قال م ر في حاشية شرح الروض لو كان لهم غرض صحيح في لبس الجوهرة كإرادة استعمالها في دواء لم يمنعوا قطعا ا هـ .

(ق و له هل يكفي هذا ؟ إلخ) ظاهر كلامهم ذلك ، بل صرح م ر عن الوسيط في حاشية شرح الروض في مبحث نقض القسمة عند ثبوت الغلط بذلك فراجعه في عرض ذراع بر (قوله وعرضا في كمال الطول بلا قرعة) ظاهر صنيعه أن هذا يكون بتكرير الرضى مع عدم القرعة وهو يخالف ما سلف له من أن مثل هذا لا يعتبر التكرير فيه وأن محل اعتباره إذا كان بقرعة بر (قوله : بل يختص كل من الشريكين بالوجه الذي يليه) هذا واضح إذا كان ما يلي الوجهين لهما (قوله : وإنما يجبر في الصورتين) والظاهر أن كلا من." (٢)

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٣٥٠/٢٠

(٢) شرح البهجة الوردية، ٣٥٢/٢٠

"(قوله وغيرها) من تعديل وإفراز ولا يلزم من كونها قسمت بتراض أنه لا يدخلها إجبار .

ا هـ .

سم على المنهج ؛ لأن معنى **التراضي** أن يتراضيا بالقسمة بدون رفع للقاضي وهو لا ينافي الإجبار على ما أخرجته القسمة ومعنى عدم **التراضي** أن يترافعا ليقسم القاضي بينهما .

ا هـ .

سم حجر." (١)

"(ولا ينفعه) أي أحد الشريكين بعد القسمة (دعوى الغلط) أو الحيف بلا حجة ، سواء صدرت بالإجبار من القاضي أو نائبه ، كما في دعوى الجور عليهما أم **التراضي** من الشركاء ، (وهي بحجة بجبر) أي والقسمة بالإجبار (نقضت) بإقامة الحجة على الغلط أو الحيف ، كما لو قامت بجور القاضي ، وشملت الحجة الشاهدين والشاهد واليمين وإقرار الخصم ويمين الرد وعلم الحاكم ، فلو أقر القاسم بذلك فإن صدقه الشركاء نقضت ، وإلا فلا ، وعليه الغرم ورد الأجرة ، وخرج بالإجبار ما لو جرت القسمة **بالتراضي** ثم أقيمت الحجة بما ذكر ، فإنها لا تنقض إن قلنا : إنها بيع كما في دعوى الغبن بعد البيع ، وإلا نقضت إذ لا إفراز مع التفاوت ، ولو نكل بعض الشركاء فقط وحلف المدعي نقضت في حق الناكل خاصة

." (٢)

"(قوله : والشاهد واليمين) خالف م ر فقال ببينة ذكرين عدلين فيما يظهر .

ا هـ ومثله حجر لكن في حاشية شرح الروض اعتماد ما في الشرح كشرح الروض (قوله : وإلا فلا) أي وإن لم يصدقه الشركاء لم تنقض لو صدقه بعض الشركاء وأنكر بعض ولم يبين للقاضي غلطه فهل يغرم لمن صدقه ؟ وجهان أصحهما أنه يغرم له .

ا هـ .

م ر في حاشية شرح الروض وعلى هذه الصورة يحمل قول الشارح وعليه الغرم ويندفع ما في الحاشية فتأمل .

(قوله **بالتراضي**) بأن نصب الشريكان قاسما اقتسما بأنفسهما ، شرح الروض (قوله إن قلنا إنها بيع) هذا جار أيضا في قسمة الإفراز بل اعتمده صاحب الروض (قوله : ولو نكل إلخ) أي فيما إذا ادعى بعضهم الغلط فإن اليمين لا تتوجه على القاسم الذي نصبه القاضي كما لا تتوجه على القاضي أنه لم يظلم والشاهد أنه لم يكذب بل تتوجه على الشركاء ؛ لأن من ادعى على خصمه ما لو أقر به لنفعه فأنكر كان ل هـ تحليفه .

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٣٥٤/٢٠

(٢) شرح البهجة الوردية، ٣٥٥/٢٠

ا هـ .

شرح الروض." (١)

"والسوم على سوم غيره) قال صلى الله عليه وسلم: ﴿لا يسوم الرجل على سوم أخيه﴾ رواه الشيخان عن أبي هريرة وهو خبر بمعنى النهي فيأثم مرتكبه العالم به، والمعنى فيه الإيذاء. (وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن) وصورته أن يقول لمن أخذ شيئا ليشتريه بكذا رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو مثله بأقل أو يقول لمالكه استرده لأشتريه منك بأكثر، ولو باع أو اشترى صح واستقرار الثمن **بالتراضي** به صريحا ففي السكوت وغير الصريح لا يحرم السوم، وقيل يحرم، وما يطاف به على من يزيد لغير من طلبه الدخول عليه والزيادة في الثمن.

(٢)".)

"ولا يشترط تعيين قوس وسهم) لأن الاعتماد على الرامي (فإن عين لغا وجاز إبداله) أن المعين (بمثله) من نوعه وإن لم يحدث فيه خلل يمنع من استعماله. (فإن شرط منع إبداله فسد العقد) (٣)لفساد الشرط بالتضييق فيه على الرمي فإنه قد يعرض له أحوال خفية تحوجه إلى الإبدال ولا يشترط تعيين نوع في العقد ويتراضيان بعده على نوع مثلا، ولو عين فيه نوع لم يجز العدول عنه إلى أجود منه أو دونه إلا **بالتراضي**، وذلك كالقسي والسهام الفارسية فهي أجود من العربية (والأظهر) (اشتراط بيان البادئ) منهما (بالرمي) لاشتراط الترتيب بينهما حذرا من اشتباه المصيب بالمخطئ ولو رميا معا.." (٤)

"والثاني لا يشترط بيانه ويفرع بينهما إن لم يبين في العقد (ولو) (حضر جمع للمناضلة فانتصب زعيمان) منهم (يختاران أصحابا) **بالتراضي** بينهم بأن يختار زعيم واحدا ثم الآخر في مقابلته واحدا وهكذا إلى آخرهم فيكونون حزبين (جاز ولا يجوز شرط تعيينهما) الأصحاب (بقرعة) ولا أن يختار واحد جميع الحزب أولا لأنه لا يؤمن أن يستوعب الحذاق، والقرعة قد تجمعهم في جانب فيفوت مقصود المناضلة وبعد تراضي الحزبين يتوكل كل زعيم عن أصحابه في العقد، ويعقده الزعيمان (فإن اختار) زعيم (غريبا ظنه راميا فبان خلافه) أي إنه غير رام أي لا يحسن الرمي أصلا. (بطل العقد فيه وسقط من الحزب الآخر واحد) بإزائه (وفي بطلان الباقي قولا) تفريق (الصفقة) ففي قول لا تفرق فيبطل فيه وفي الراجح تفرق فيصح فيه. (فإن صححنا فلهم جميعا الخيار) في الفسخ للتبعيض

(٥)".)

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٣٥٧/٢٠

(٢) شرح المحلي على المنهاج، ٣٤١/١

(٣) ص: ٢٧٠

(٤) شرح المحلي على المنهاج، ٤٨١/١

(٥) شرح المحلي على المنهاج، ٤٨٢/١

"قد يقسم) المشترك (الشركاء أو منصوبهم أو منصوب الإمام وشرط منصوبه ذكر حر عدل علم المساحة) بكسر الميم (والحساب) ولا يشترط في منصوبهم العدالة والحرية لأنه وكيل عنهم ومنصوب الإمام ملزم بالإقراع(فإن كان فيها تقويم وجب قاسمان) لاشتراط [١] العدد في المقوم (وإلا فقاسم وفي قول) من طريق (اثنان) بناء للقولين على أن منصب القاسم منصب الحاكم أو منصب الشاهد والكلام في منصوب الإمام ولو فوض الشركاء القسمة إلى واحد **بالتراضي** جاز قطعا (وللإمام جعل القاسم حاكما في التقويم فيعمل فيه بعدلين ويقسم) بنفسه (ويجعل الإمام رزق منصوبه من بيت المال فإن لم يكن) فيه مال كما في المحرر (فأجرته على الشركاء فإن استأجروه وسمى كل) منهم (قدرا لزمه وإلا)، بأن أطلقوا المسمى (فالأجرة موزعة على الحصص وفي قول) من طريق (على الرءوس) لأن العمل يقع لهم جميعا (ثم ما عظم الضرر في قسمته كجوهرة وثوب نفيسين وزوجي خف إن طلب الشركاء كلهم قسمته لم يجبهم القاضي، ولا يمنعهم إن قسموا بأنفسهم إن لم تبطل منفعته كسيف يكسر)، بخلاف ما تبطل منفعته فيمنعهم لأنه سفه(وما يبطل نفعه المقصود كحمام وطاحونة." (٢)

"البيع (ويشترط في) قسمة (الرد الرضا بعد خروج القرعة) كما في الابتداء (ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا بعد القرعة في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة أو بما أخرجته القرعة) اعترض قوله لا إجبار فيه بأن صوابه عكسه كما في المحرر القسمة التي يجبر عليها إذا جرت **بالتراضي** إلى آخره، ويجاب بأن المراد ما انتفى فيه الإجبار مما هو محله وهو أصرح في المراد مما في المحرر وفي الروضة كأصلها قسمة الإجبار لا يعتبر فيها، **التراضي** لا عند إخراج القرعة ولا بعدها وإذا تراضيا بقاسم يقسم بينهما فهل يشترط الرضا بعد خروج القرعة أم يكفي الرضا الأول قولان أظهرهما الاشتراط (٣) (ولو ثبت بينة غلط أو حيف في قسمة إجبار نقض فإن لم تكن بينة وادعاه واحد) من الشريكين (فله تحليف شريكه) فإن نكل وحلف المدعي نقضت القسمة
(.") (٤)

"عند فقد محتسب الرزق عليه من مال المصالح عند الحاجة بقدرها قال في المجموع قال أصحابنا ولا يجوز أن يرزق مؤذنا وهو يجد متبرعا عدلا كما نص عليه لأن الإمام في بيت المال كالوصي في مال اليتيم لو وجد متبرعا لم يجز له أن يستأجر عليه من مال اليتيم فكذاالإمام فلو احتسب فاسق فله رزق أمين أو أمين فله رزق من هو أحسن منه صوتا إن رآه مصلحة ويجوز الاستئجار عليه ثم إن كان من بيت المال لم يشترط بيان المدة بل يكفي كل شهر بكذا كالجزية والخراج أو من مال الإمام أو كان المستأجر أحد الرعية اشترط بيانها والرزق أن يعطيه ما يكفيه وعياله والأجرة

---

(١) ص: ٣١٦
(٢) شرح المحلي على المنهاج، ٤٩/٢
(٣) ص: ٣١٩
(٤) شرح المحلي على المنهاج، ٥٤/٢

ما يقع به **التراضي** وأن يكون (مرتفعا) على شيء عال كمنارة وسطح لزيادة الإعلام بخلاف الإقامة لا نسن على عال إلا في مسجد كبير يحتاج فيه إلى علو للإعلام بها (كقوله له أجابه) ندبا (مستمع) أي وسامع بأن يجيب كل كلمة عقبها (ولو مع الجنابة) أو الح يض أو النفاس (لكنه يبدل لفظ الحيعلة إذا حكى أذانه) أو إقامته (بالحوقله) أي بلا حول ولا قوة إلا بالله أربعا في إجابة المؤذن ومرتين في إجابة المقيم والمعنى لا حول لي عن المعصية ولا قوة لي على ما دعوتني إليه إلا بك ويقول في كلمتي الإقامة أقامها الله وأدامها وجعلني من صالحي أهلها ويقول في التثويب صدقت وبررت والأصل في ذلك خبر إذا قال المؤذن الله أكبر الله أكبر قال أحدكم الله أكبر الله أكبر ثم قال أشهد أن لا إله إلا الله قال أشهد أن لا إله إلا الله ثم قال أشهد أن محمدا رسول الله قال أشهد أن محمدا رسول الله ثم قال حي على الصلاة قال لا حول ولا قوة إلا بالله ثم قال حي على الفلاح قال لا حول ولا قوة إلا بالله ثم قال الله أكبر الله أكبر قال الله أكبر الله أكبر ثم قال لا إله إلا الله قال لا إله إلا الله من قلبه دخل الجنة رواه مسلم وهو مبين لخبره الآخر إذا سمعتم المؤ ذ ن فقولوا مثل ما يقول ولأن إجابته تدل على رضاه به وموافقته في ذلك وإنما يسن للجنب ونحوه ذلك لأنه ذكروهم من أهله وأفهم كلامه كغيره أنه لو علم أذانه ولم يسمعه لصمم أو نحوه لا تسن له إجابته وقال في المجموع إنه الظاهر لأنها معلقة بالسماع في خبر إذا سمعتم المؤذن وكما في نظيره من تشميت العاطس ولو تركها بغير عذر حتى فرغ المؤذن فالظاهر تداركه إن قصر الفصل وإذا لم يسمع الترجيع سن له الإجابة فيه خلافا لما أفتى به البارزي وإذا سمع مؤذنا بعد آخر فالمختار كما في المجموع أن أصل الفضيلة في الإجابة شامل للجميع إلا أن الأول متأكد يكره تركه وقال ابن عبد السلام إجابة الأول أفضل إلا أذاني الصبح فلا أفضلية فيهما لتأكد الأول ووقوع الثاني في الوقت وإلا أذاني الجمعة لتقدم الأول ومشروعية الثاني في زمنه صلى الله عليه وسلم انتهى وشمل كلامه القارىء فيقطع قراءته ويجيب بخلاف المصلى ولو نفـلا يكره له الإجابة في صلاته بل تبطل بإتيانه بشيء من الحيعلتين أو بالصلاة خير من النوم أو بصدقت وبررت لأنه كلام آدمي نعم تندب له الإجابة عقب فراغه منها إن لم يطل الفصل ومثله المجامع وقاضي الحاجة ويسن لكل من المؤذن والسامع أن يصلي ويسلم على النبي صلى الله عليه وسلم بعد الأذان ثم يقول اللهم رب هذا الدعوة التامة والصلاة القائمة آت محمدا الوسيلة والفضيلة وابعثه مقاما محمودا الذي وعدته وأن يقول عقب الفراغ من أذان المغرب اللهم هذا إقبال ليلك وإدبار نهارك وأصوات دعائك فاغفر لي ومن أذان الصبح اللهم هذا إقبال نهارك وإدبار ليلك إلى آخره وأن يقول المؤذن بعد فراغه في ليلة مطيرة أو ريح أو ظلمة ألا صلوا في رحالكم فإن قاله بعد الحيعلتين فلا بأس قاله في الروضة وغيرها ويجيب السامع بلا حول ولا قوة إلا بالله قياسا على الحيعلتين قاله في المهمات وألف حيعلا للإطلاق وتعبيره كالأزه ر ي بالحوقلة بأخذ الحاء والواو من حول والقاف من قوة واللام من اسم الله تعالى قال بعضهم إنه حسن لتضمنه جميع الألفاظ ويجوز التعبير فيه بالحوقلة كما عبر به الجوهري بتركيبه من حاء حول وقاف قوة وما قيل

---

(١) ".

"عليهم المعتق بالواو لان في لفظ صاحب النهاية ما يقتضي إثبات خلاف فيه كما قدمناه وكذلك لفظ المصنف في الوسيط * قال (وإذا تعارض السن والفقه فالفقيه اولي علي اظهر المذهبين ولو كان فيهم عبد فقيه وحر غير فقيه أو اخ رقيق وعم حر ففى المسألتين تردد وعند تساوى الخصال لا مرجع إلا القرعة أو **التراضي**) * إذا اجتمع اثنان في درجة واحدة كابنين واخوين ونحوهما وتنازعا فقد قال في المختصر يقدم الاسن وذكر في سائر الصلوات ان الافقه أولى واختلف الاصحاب علي طريقتين (اصحهما) وهي التى ذكرها الجمهور ان المسألتين علي ما نص عليهما والفرق بين سائر الصلوات وصلاة الجنازة ان الغرض من صلاة الجنازة الدعا والاستغفار للميت والاسن اشفق عليه ودعاؤه اقرب الي

---

[١٦١]." (٢)

"ملكتك وفى ملكت وجه منقول عن الحاوى والقبول من جهة المشتري بان يقول قبلت ويقوم مقامه ابتعت واشتريت وتملكت ويجرى في تملكت مثل ذلك الوجه * وإنما جعلنا قوله ابتعت وما بعده قائما مقام القبول ولم نجعله قبولا لما ذكره إمام الحرمين من ان القبول على الحقيقة ما لا يتأتى الابتداء به (فاما) إذا أتى بما يتأتى الابتداء به فقد أتي باحد شقى العقد * ولافرق بين أن يتقدم قول البائع بعت علي قول المشتري اشتريت وبين أن يتقدم قول المشترى اشتريت * ويصح في البيع الحالتان ولا يشترط اتفاق اللفظين بل لو قال البائع اشتريت فقال المشترى تملكت أو ابتعت أو قال البائع ملكت فقال المشترى اشتريت صح لان المعنى واحد (وقوله) اعتبرا للدلالة على الرضا يريد به أن المقصود الاصلي هو **التراضي** لئلا يكون واحد منهما آكلا مال الآخر بالباطل بل يكونا تاجرين عن تراض على ما قال تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينك بال باطل) الآية الا أن الرضي أمر باطن يعسر الوقوف عليه فنيط الحكم باللفظ الظاهر * ثم في بعض النسخ على الرضى الباطن وفى بعضها علي الرضي في الباطن وهما صحيحان ويتعلق بهذه القاعدة مسائل ثلاث (إحداها) المعاطاة ليست بيعا علي المذهب المشهور لان الافعال لا دلالة لها بالوضع وقصود الناس فيها تختلف * وعن ابن سريج فيها تخريج قول الشافعي أنه يكتفى بها في المحقرات لان المقصود الرضي وبالقرائن يعرف حصوله وبهذا أفتى القاضى الروياني وغيره وذكروا لمستند التخريج صورا (منها) لو عطب الهدى في الطريق فغمس النعل الذى قلده بها في الدم وضرب بها صفحة سنامه هل يجوز للمارين الاكل

---

[١٠٠]." (٣)

---

(١) غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، ص/٩٣

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ٩٨/٥

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز، ٣٦/٨

"والاصح المنع (الثانية) يشترط ان يكون القبول على وفق الايجاب حتي لو قال بعت بالف صحيحة فقال قبلت بالف قراضة أو بالعكس أو قال بعت جميع كذا بالف فقال قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح * ولو قال بعتك هذا بألف فقال قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة قال في التتمة يصح لان هذا تصريح بمقتضى الاطلاق ولا مخالفة ولك أن تقول اشكالا سيأتي القول في ان تفصيل الثمن من موجبات تعدد الصفقة وإذا كان كذلك فالبائع ههنا أوجب بيعة واحدة والقابل قبل بيعتين لم يوجبهما البائع ولا يخفى ما فيه من المخالفة * وفى فتاوى القفال أنه لو قال بعتك بالف درهم فقال اشتريت بالف وخمسمائة يصح البيع وهو غريب (الثالثة) لو قال المتوسط للبائع بعت بكذا فقال نعم أو بعت وقال للمشترى اشتريت بكذا فقال نعم أو اشتريت هل ينعقد البيع فيه وجهان (احدهما) لا لان واحدا منهما لم يخاطب الآخر (واظهرهما) ما دل عليه ايراد صاحب ال تهذيب والروياني الانعقاد لوجود الصيغة والتراضي (الرابعة) لو قال بعت منك هذا بالف فقال قبلت صح البيع بخلاف النكاح يشترط فيه علي رأى ان يقول قبلت نكاحها احتياطا للابضاع. (الخامسة) لو قال بعت هذا بالف ان شئت فقال اشتريت فوجهان (احدهما) انه لا ينعقد لما فيه من التعليق كما لو قال ان دخلت الدار (وأظهرهما) انه ينعقد لان هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد فانه لو لم يشأ لم يتيسر (السادسة) يصح بيع الاخرس وشراؤه بالاشارة والكتابة وهذا يبين ان الصيغة بخصوصها ليست داخلة في البيع نفسه (واعلم) أن جميع ما ذكرناه فيما ليس بضمني من المبياعات فأما البيع الضمني فيما إذا قال اعتق عبدك عنى على بألف فلا يعتبر فيه الصيغ التي قدمناها ويكفى فيه الالتماس والجواب لا محالة وبالله التوفيق * قال (الركن الثاني العاقد وشرطه التكليف فلا عبارة لصبى (ح م) ولا مجنون باذن الولى دوون اذنه وكذلك لا يفيد قبضهما الملك في الهبة ولا تعين الحق في استيفاء الدين * ويعتمد." (١)

"علي البيع وهو بعد العقد وقبل اللزوم * ونهي عن النجش وهو ان يرفع قيمة السلعة وهو غير راغب فيها ليخدع المشترى بالترغيب) * مقصود الفصل الكلام في ثلاثة من المناهي في البيع (احدها) روي عن ابن عمر وأبي رضى الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا يسوم الرجل علي سوم اخيه) (١) وصورته ان

---

[٢٢٢]

يأخذ شيئا ليشتريه فيجئ غيره إليه ويقول رده حتى ابيع منك خيرا منه بارخص أو يقول لمالكه استرده لا شتريه باكثر وانما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن (فاما) ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب فلغيره الدخول عليه والزيادة في الثمن روى (أن النبي صلى الله عليه وسلم نادى على قدح وجلس لبعض أصحابه فقال رجل هما علي بدرهم ثم قال آخر هما علي بدرهمين فقال صلى الله عليه وسلم هما لك بدرهمين) (١) وإنما يحرم إذا حصل التراضي صريحا فان جرى ما يدل علي الرضى ففى تحريم

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ٤٢/٨

[٢٢٣]
السوم على سوم ال غير وجهان كالقولين في تحريم الخطبة في نظيره (والجديد) أنه لا يحرم وهل السكوت من أدلة الرضى إذا لم يقترن به ما يشعر بالانكار (اما) الخطبة فنعم (وأما) ههنا فقد قال الاكثرون لا بل هو كالتصريح بالرد وعن بعضهم أنه كما في الخطبة حتى يخرج على الخلاف (وثانيها) عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا بيع بعضكم علي بيع بعض) وصورته ان يشترى الرجل شيئا فيدعوه غيره الي الفسخ ليبيعه خيرا منه بارخص

---

[٢٢٤]." (١)

"ألا ترى أنه يثبت فيه الرد بالعيب والرجوع بالعهدة (ووجه) المنع أن المشتري لا خيار له وتخصيص خيار المجلس باحد الجانبين بعيد فان أثبتناه فعن بعضهم أن معناه انه بالخيار بين الاخذ والترك ما دام في المجلس هذا مع تفريعنا على قول الفور * وغلط إمام الحرمين ذلك القائل وقال الصحيح انه على الفور ثم له الخيار في نقض الملك ورده ومن اختار عين ماله المبيع من المفلس لزمه ولا خيار له * وروي القاضي ابن كج أن أبا الحسن حكى وجها انه بالخيار مادام في المجلس وهذا شبيه بالخلاف في الشفيع ولا خيار في الوقف كما في العتق ولا في الهبة ان لم يكن فيها ثواب وان وهب بشرط الثواب أو مطلقا وقلنا انه يقتضي الثواب فوجهان (أظهرهما) انه لا يثبت لانه لا يسمى بيعا والخبر ورد في المتبايعين ويثبت الخيار في القسمة ان كان فيها رد والا فان جرت بالاخيار فلا خيار فيها وان جرت **بالتراضي** فيبنى على أنها بيع أ و أفراز حق (ان قلنا) افراز حق لم يثبت (وان قلنا) بيع فكذلك في أصح الوجهين (وأما) النوع الثاني وهو العقد الوارد على المنفعة فمنه النكاح فلا

---

[٢٩٩]." (٢)

"الاصل في خيار الشرط الاجماع وما روي عن ابن عمر (أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال صلى الله عليه وسلم إذا بايعت فقل لا خلابة) (١) وروي أن ذلك الرجل كان حبان بن منقذ أصابه أمة في رأسه فكان يخدع في البيع فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (إذا بايعت فقل لا خلابة وجعل الخيار ثلاثا) وفي رواية (وجعل له بذلك خيار ثلاثة أيام) وفي رواية (قل لا خلابة ولك الخيار ثلاثا) وهذه الروايات كلها في كتب الفقة ولا يلفي في مشهورات كتب الحديث سوى الرواية المقتصرة على قوله (لا خلابة) وهذه الكلمة في الشرع عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثا فإذا أطلقاها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار وان علم البائع

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ١٦٦/٨

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢٠٧/٨

[٣١١]

دون المشتري ففيه وجهان عن ابن القطان (أحدهما) لا يثبت لعدم **التراضي** (والثاني) يثبت لظاهر قوله (قل لاخلابة ولك الخيار ثلاثا) (وأما) اللفظة المروية في الكتاب وهي قوله (ولي الخيار ثلاثة أيام) فلا تكاد توجد في كتب الحديث ولا الفقه نعم في شرح مختصر الجويني للموفق بن طاهر (قل لا خلابة واشترط الخيار ثلاثا) وهما متقاربان * إذا عرفت ذلك ففي الفصل ثلاث صور (إحداها) لا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فلو زاد فسد العقد لان الخيار غرر فلا يزاد على ما ورد به الخبر * وقال مالك تجوز الزيادة بحسب الحاجة حتى لو اشترى ضيعة يحتاج النظر فيها إلى شهر فصاعدا يجوز شرطه * وعن أحمد تجويز الزيادة من غير تحديد * ويجوز شرط ما دون الثلاث بطريق الاولى لكن لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد فيبطل البيع أو يصح ويباع عند الاشراف على الفساد ويقام عنه مقامه حكي يحيى اليمني عن بعض من لقيه فيه وجهين وقال مالك إن كان المبيع مما يعرف حاله بالنظر ساعة أو يوما لم تجز الزيادة ويشترط

---

[٣١٢]." (١)

"(أما) الحادثة بعده وقبل القبض فيجوز الرد بها * ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتي تحدث ففيه وجهان (اصحهما) ولم يذكر الاكثرون غيره انه فاسد فان أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى وإن فرعنا على القول الثاني فكما لا يبرأ مما علمه وكتمه كذلك لا يبرأ من العيوب الظاهرة لسهولة البحث عنها والوقوف عليها وإنما يبرأ من عيوب باطن الحيوان التي لا يعلمها (ومنهم) من اعتبر نفس العلم ولم يفرق بين الظاهر والباطن وهل يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان قيل نعم لعسر الوقوف وقال الاكثرون لا لتبدل أحوال الحيوان هذا فقه الفصل (وأما) لفظ الكتاب فاعلم أنه لم عد أنواع خيار النقيصة أراد أن يبين ما يسقطه فقال هذه أسباب الخيار أما دوافعه ومسقطاته وإنما جمع بين هاتين اللفظتين لان منها ما يدفع كشرط البراءة ومنها ما يسقط بعد الثبوت كالتقصير وإنما قال أعني في خيار النقيصة لان هذه الام و ر لا تعلق لها بخيار التروي على أن جميعها لا يشمل انواع خيار النقيصة أيضا فان شرط البراءة لا مدخل له في خيار الخلف وخيار التصرية ثم لا يخفي أن ايراد الكتاب انما يتمشي على طريقة اثبات الاقوال وانه أدرج فيه الخلاف في أن فساد الشرط هل يتعدى إلى فساد العقد (وقوله) ويصح في الحيوان ويفسد في غيره إنما يخرج على الطريقة التي نقلها الامام ومواضع العلامات سهلة المدرك على العارف بما قدمناه والله أعلم * قال (الثاني هلاك المعقود عليه فلو اطلع على عيب العبد بعد موته فلا رد إذ لا مردود فلو كان العبد قائما والثوب الذى هو عوضه تالفارد العبد بالعيب ورجع إلى قيمة الثوب * والعتق والاستيلاد كالاهلاك وهل يجوز أخذ الارش **بالتراضي** فيه وجهان وإذا عجز عن الرد فله

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢١٨/٨

الارش وهو الرجوع إلى جزء من الثمن يعرف قدره بمعرفة نسبة قدر نقصان العيب من قيمة المبيع فيرجع من الثمن بمثل نسبته * وزوال المل ك عن المبيع يمنعه من الرد في الحال ولا يمنع طلب الارش في الحال." (١)

"على كونه عند أحدهما فذاك وان تنازعا والرهن مما ينقسم قسم وحفظ كل واحد نصفه وان كان مما لا ينقسم حفظه هذا مدة وهذا مدة ولو قسماه **بالتراضي** والتفريع على الوجه الثاني ثم أراد أحدهما أن يرد مافي يده على صاحبه ففي جوازه وجهان لابن سريج وجه المنع أن المشقة قد اندفعت بما جرى وإذا أراد العدل وضع الراهن عنده رده اليهما أو إلى وكيلهما فان كان غائبين ولا وكيل فهو كرد الوديعة وسيأتي وليس له دفعة إلى أحدهما دون إذن الآخر فان فعل ضمن واسترد منه ان كان باقيا وان تلف في يد المدفوع له نظر ان دفعه إلى الراهن رجع المرتهن بكمال قيمته وان زادت على حقه ليكون رهنا مكانه ويغرم من شاء من العدل والراهن والقرار على الراهن فان غرم العدل فله ان يكلف الراهن قضاء الدين لفك المأخوذ منه وان دفعه إلى المرتهن فللراهن أن يغرم من شاء من العدل والمرتهن قيمته ليكون رهنا والقرار على المرتهن فان ك ا ن الحق حالا والدين من جنس القيمة وقع الكلام في التقاض ولو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ضمن فلو رده إليه برئ وحكى الامام في النهاية وجها أنه لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو بأذن جديد للعدل في أخذه والمذهب الاول وكذلك الجواب لو غصب الوديعة من المودع أو العين المكراة من المكترى أو الرهن من المرتهن ثم رد إليهم ولو غصب اللقطة من الملتقط لم يبرأ بالرد إليه ولو غصب من المستعير أو المستام ثم رد فوجهان لانهما مأذونان من

---

[١٢١]." (٢)

"انه لا يجاب إليها وذكر الامام وطائفة أن له معنيين (أحدهما) انا لو اجبرنا لاقرعنا والقرعة ربما تغير الشق الذى يلى دار يد لعمرو وبالعكس فلا يتمكن واحد منهما من الانتفاع بما صار له (والثانى) انه لا يتأتى فيه فصل محقق لان غايته رسم خطين بين الشقين ومع ذلك

---

[٣١٩]

فإذا بني أحدهما على ما صار له تعدى الثقل والتحامل إلى الشق الآخر وضعف الامام المعنى الثاني بما مر أن هذه القسمة جائزة **بالتراضي** وذلك يدل على أن رسم الخط كاف في القسمة والمفاضلة وما ذكره توجيها واعتراضا مبنى على الاكتفاء بالعلامة وترك الشق والقطع وهو الاول من الوجهين المنقولين في حالة **التراضي** وعن صاحب التقريب وجه أنه يجاب الطالب ويجبر الممتنع لكن لا يقرع بل يخصص كل واحد بما يليه (وأما) النوع الثاني وهو قسمة نصف الطول

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢٥٩/٨

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ٩٠/١٠

في كل العرض فجائز بالتراضى أيضا وفى الاجبار عليه وجهان أما الذين اعتبروا الشق والقطع فانهم وجهوا أحدهما بأن القطع يوجب اتلاف بعض الجدار ولا اجبار مع الاضرار (والثانى) أن الضرر والنقصان في هذا النوع هين فاشبه قسمة الثوب الصفيق (وأما) المكتفون برسم الخط والعلامة فبنوهما على المعنيين السابقين (إن قلنا) بالاول جرى الاجبار لان كل واحد منهما يتأتى له الانتفاع بما يصير إليه (وإن قلنا) بالثاني فلا لتعذر المفاضلة المحققة والاشبه من الوجهين كيف فرض التوجيه مع الاجبار وهو الذى أورده في الكتاب هذا في قسمة الجدار نفسه (أما) إذا انهدم وظهرت العرصة أو كان بينهما عرصة جدار لم يبن عليها بعد فطلب أحدهما قسمتها في كل الطول ونصف العرض (فان قلنا) في الجدار أن الطالب لمثل هذه القسمة يجاب ويخصص كل واحد بالشق الذى يليه من غير قرعة فكذلك ههنا وبه قال أبو الطيب بن سلمة (وإن قلنا) لايجاب ثم فههنا وجهان بنوهما على المعنيين السابقين (إن قلنا) بالاول لم يجب (وان قلنا) بـالثاني أجيب وان طلب قسمتها في نصف الطول وكل العرض أجيب لفقد." (١)

"المراد من الاولى من خلاف في المسألة فان أحدا لم يذكر فيها خلافا بل أطلقوا الجواز للقسمة عند **التراضي** والمعود في القسمة القرعة فان ما أراد الارشاد إلى أن الشريكين ينبغى أن يصيرا إلى التخصيص من غير قرعة فبيع كل واحد منهما ماله في الشق الذى يلى صاحبه بما لصاحبه في الشق الذى يليه تحرزا عن تضييع المال (وأما) قوله ولا مانع في الاساس من الاجبار على قسمته فالمراد من الاساس عرصة الجدار وجوابه واضح في القسمة في نصف الطول وكل العرض وأما في الطول ونصف العرض فالذي أجاب به احد الوجهين وفيه وجه آخر كما قدمنا والاصح عند العراقيين وغيرهم ما أجاب به والله أعلم * قال (والقول الجديد أنه لا يجبر (م ح) على العمارة في الاملاك المشتركة لانه ربما يتضرر بتكليفه العمارة نعم لو انفرد الشريك الآخر فلا يمنع لانه عناد محض ثم ان أعاد الجدار بالنقض المشترك عاد ملكا مشتركا كما كان ولو تعاون ا على العمل فكمثل ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر أن يكون ثلثا الجدار له صح وكان سدس النقض عوضا عن عمله المصادق لملك الشريك وإذا انهدم العلو والسفل وقلنا ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على العمارة فله أن يعمر بنفسه فان عمر فليس (و) له منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله ولا أن يغرمه (و) قيمة ما بناه من الجدار والسقف ومن له حق إجراء الماء في ملك الغير فلا يجبر على العمارة بحال) * (الامر الثالث) العمارة فأذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير اذن صاحبه لاستهدامه أو من غير استهدامه ففى التهذيب وغيره أن النص اجبار الهادم على اعادته وان القياس أنه يغرم النقصان ولا يجبر على البناء لان الجدار ليس بمثلى ولو استهدم الجدار بنفسه أو هدماه معا اما لاستهدامه أو لغير استهدامه ثم امتنع أحدهما عن العمارة فقولان (القديم) وبه قال مالك واحمد في المشهور عنهما أنه يجبر الممتنع على العمارة دفعا للضرر عن الشركاء وصيانة للاملاك المشتركة عن." (٢)

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢٩٤/١٠

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ٢٩٦/١٠

"في الرد بالعيب إذا جرى **بالتراضي** (وقوله) تثبت الشفعة فيما جعل اجرة معلم بالحاء ويجوز أن يعلم بالواو لان في أمالى أبي الفرج السرخسي أن صاحب التخليص قال إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم ولا بالقرض فلا شفعة فيه لانه تعذر أخذه بما ملك به المتملك وهو غريب (وقوله) أو صلح عن دم عمد ربما يبحث فيه عن سبب التيقيد بالعمدية واعلم أن الجناية على النفس فما دونها تنقسم إلى

---

[٤٣٣]

مالا يوجب القصاص والقول في صحة الصلح عن موجبها ما ذكرنا في كتاب الصلح والى ما يوجبه والصلح ههنا مبني على الخلاف في أن موجب العمد ماذا فإذا تأملت القسمين وجدت صحة الصلح عما يوجب القصاص أظهر أعم فيمكن أن يكون ذلك سبب التقييد بالعمدية التي هي مناط القصاص (وقوله) ولو بذل المكاتب شقصا عوضا عن نجومه أشار به إلى أن نفس الشقص لا يمكن الكتابة عليه لانه لا يثبت في الذمة بعقود المعاوض ا ت والمعين لا يملكه العبد وهذا هو المراد بقوله قبله أو عوضا عن كتابة. قال (ولو اشترى الوصي للطفل وهو شريك أخذ (و) بالشفعة لنفسه. ولو باع شقص الطفل لم يأخذه (و) لانه متهم كما لو باع من نفسه. والاب يأخذ فانه غير متهم. ولذلك يبيع من نفسه. ولو كان له في الدار شركة أخرى قديمة فيترك (و) عليه ما يخصه لو كان المشترى غيره). فيه مسألتان (الاولى) إذا باع الوصي أو القيم شقصا للطفل وهو شريك فيه فأصح الوجهين وبه قال ابن الحداد وهو المذكور في الكتاب أنه ليس له أخذه بالشفعة لانه لو تمكن منه لم يؤمن أن

---

[٤٣٤]." (١)

"الوجه أو أخذه **بالتراضي** وقدم الثالث نظر إن أخذ من الاول نصف ما في يده ولم يتعرض للثاني فلا كلام قاله في التتمة وان أراد أن ياخذ من الثاني ثلث ما في يده فله ذلك لانه يقول ما من جزء إلا ولى ثلثه وان ترك الثاني حقه حيث لم يشاطر الاول فلا يلزمني أن أترك حقي ثم له أن يجئ إلى الاول فيقول ضم ما معك إلى ما أخذته لنقسمه لانا متساويا القدر والشقص والحالة هذه انما تصح قسمته من ثمانية عشر لانا نحتاج إلى عدد له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني وستة في يد الاول ثم ينتزع الثالث من يد الثاني واحد ويضمه إلى الستة في يد الاول تكون سبعة يقتسمانها بينهما وسبعة لا تنقسم على اثنين فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر وكان في يد الثاني من التسعة بعد انتزاع الثالث منه ما انتزع اثنان نضربهما في المضروب في المسألة يكون له أربعة فهى حصته تبقى أربعة عشر يأخذ كل واح د من الاول والثالث منهما سبعة فإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين هذا ما ذكره الاكثرون ونقلوه عن ابن سريج وحكي الامام عن القاضي حسين أنه لما ترك الثاني سدسا على الاول كان عافيا عن بعض حقه يبطل جميعه على الظاهر كما سبق فينبغي ان يسقط حق الثاني بالكلية ويكون الشقص بين الاول

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ٣٦٣/١١

والثالث (ومنها) قال ابن الصباغ لو حضر اثنان وأخذا الشقص ثم حضر الثالث وأحدهما غائب فان قضى له القاضي على الغائب أخذ من كل واحد من الحاضر والغائب ثلث ما في يده لانه الذي يستحقه منه الثاني يأخذ نصف ما في يده لانه إذا غاب أحدهما فكان الحاضرين هما الشفيعان فيسوى بينهما ثم لو حضر الغائب وقد غاب الحاضر فان كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث ما في يده أخذ من هذا الذي قدم ثلث ما في يده أيضا وان كان قد أخذ نصف ما في يده أخذ من القادم سدس ما في يده ويتم نصيبه بذلك

---

[٤٨٨]." (١)

"(الباب الثالث فيما يسقط به حق الشفعة) قال (وفيه ثلاثة أقوال (الاول) الجديد أنه على الفور (م). قال صلى الله عليه وسلم (الشفعة كحل العقال) (والثاني) أنه يبقى ثلاثة أيام (والثالث) أنه يتأبد فلا يبطل الا بابطال أو دلالة الابطال (و). لاشك أن حق الشفعة يعرض له السقوط ومقصود الباب بيان أنه بم يسقط وسبيل التدريج إليه أن قول الشافعي رضى الله عنه اختلف في أنه تثبت على الفور أم على التراضي (وأصح) القولين وهو المنصوص في الكتب الجديدة على الفور الماوردى أنه صلى الله عليه وسلم قال (الشفعة كحل العقال) (١) أي أنها تفوت إذا لم يبتدر إليها كالبعير الشرود يحل عنه العقال إن قيدت ثبتت والا فاللوم على من تركها. وأيضا فانه حق خيار ثبت في البيع بنفسه لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب (والثاني) أنه على التراخي وعلى هذا ففى تقرير مدته قولان (أظهرهما) أنها تمتد إلى ثلاثة أيام ل ا ن الحكم بالفور يضر بالشفيع فانه قد يحتاج إلى تأمل ونظر والحكم بالتأبيد يضر بالمشترى لانه لا يأمن من أخذ الشفيع فتفوت عليه العمارة والتصرف فلابد من حد فاصل فجعلت الثلاثة حدا كما في خيار الشرط وغيره (والثاني) عن حكاية صاحب التقريب أنه يمتد إلى أن تمضي مدة التدبر في ملك

---

[٤٩١]." (٢)

"النسب) وسبق أن الذي يحرم من النسب سبع، فيحرم بالرضاع تلك السبع أيضاً، ثم شرع في عيوب النكاح المثبتة للخيار فيه فقال (وترد المرأة) أي الزوجة (بخمسة عيوب) أحدها (بالجنون) سواء أطبق أو تقطع قبل العلاج أو لا فخرج الإغماء، فلا يثبت به الخيار في فسخ النكاح، ولو دام خلافاً للمتولي (و) ثانيها بوجود (الجذام) بذال معجمة وهو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ثم يتناثر (و) الثالث بوجود (البرص) وهو بياض في الجلد يذهب دم الجلد وما تحته من اللحم، فخرج البهق وهو ما يغير الجلد من غير إذهاب دمه فلا يثبت به الخيار (و) الرابع بوجود (الرتق) وهو انسداد محل الجماع بلحم (و) الخامس بوجود (القرن) وهو انسداد محل الجماع بعظم، وما عدا هذه العيوب كالبخر والصنان لا يثبت به الخيار (ويرد الرجل أيضاً) أي الزوج (بخمسة عيوب بالجنون والجذام والبرص) وسبق

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ٤١٥/١١

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، ٤١٨/١١

معناها (و) بوجود (الجبّ) وهو قطع الذكر كله أو بعضه، والباقي منه دون الحشفة فإن بقي قدرها فأكثر فلا خيار (و) بوجود (العنة) وهي بضم العين عجز الزوج عن الوطء في القبل لسقوط القوة الناشرة لضعف في قلبه أو آلته، ويشترط في العيوب المذكورة الرفع فيها إلى القاضي، ولا ينفرد الزوجان **بالتراضي** بالفسخ فيها كما يقتضيه كلام الماوردي وغيره لكن ظاهر النصّ خلافه.

.)"(١)

"(والسوم على سوم أخيه) فقد روى الشيخان عن أبي هريرة أن النبي قال: "لا يسوم الرجل على سوم أخيه" وروى الشيخان عن ابن عمر "لا يع بعضكم على بيع بعض" وهو خبر بمعنى النهي فيأثم فاعله إذا ان عالما به (وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن) بأن يصرحا بالتوافق على ثمن معين فيأتي ثالث فيقول لمن أخذ شيئا ليشتريه رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو مثله أو خيرا منه بأقل أو يقول لمالكه استرده لاشتريه منك بأكثر مما بعت فلو باع أو اشترى صح البيع لأن **التراضي** صريح أما إذا لم يصرحا بالبيع أو سكت أحدهما أو كلاهما فإن السوم لا يحرم وأكثر المبيع إنما يكون بالمساومة. فقد روى أحمد وأبو داود عن أنس أنه (ص) نادى على قدح وحلس لبعض أصحابه فقال رجل هما علي بدرهم ثم قال الآخر علي بدرهمين ورواه النسائي والترمذي وقال حسن (والبيع على بيع غيره قبل لزومه) لبقاء خيار مجلس أو شرط أو اطلاع على عيب في وقت يصعب الرد فيه كليل أو قيلولة أو شدة حر أو شدة برد (بأن يأمر المشتري بالفسخ ليبيعه مثله) أي مثل المبيع بأقل من ثمنه (والشراء على الشراء) قبل لزومه (بأن يأمر البائع بالفسخ ليشتريه) بأكثر مما باعه. فقد روى الشيخان عن ابن عمر "لا يبيع بعضكم على بيع بعض" وزاد النسائي حتى يبتاع أو يذر. وروى مسلم عن عقبة بن عامر "المؤمن أخو المؤمن فلا يحل لمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه حتى يذر ولا يخطب على خطبته حتى يذر". والمعنى في تحريم ذلك الإيذاء أما لو أذن البائع في البيع على بيعه عن رضا لا لنحو ضجر وضيق فقد ارتفع التحريم ولو باع أو اشترى دون إذن صح البيع والشراء لوجود شروط البيع كاملة.

(والنجش بان يزيد في الثمن لا لرغبة بل ليخدع غيره) فيشتريها أي غيره وهو محرم ولو كان المال ليتيم أو فقير أو محتاج لعموم النهي فقد روى الشيخان عن ابن عمر أن النبي (ص) نهى عن النجش.." (٢)

"(والسوم على سوم أخيه) فقد روى الشيخان عن أبي هريرة أن النبي قال: "لا يسوم الرجل على سوم أخيه" وروى الشيخان عن ابن عمر "لا يع بعضكم على بيع بعض" وهو خبر بمعنى النهي فيأثم فاعله إذا ان عالما به (وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن) بأن يصرحا بالتوافق على ثمن معين فيأتي ثالث فيقول لمن أخذ شيئا ليشتريه رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو مثله أو خيرا منه بأقل أو يقول لمالكه استرده لاشتريه منك بأكثر مما بعت فلو باع أو اشترى صح البيع لأن **التراضي** صريح أما إذا لم يصرحا بالبيع أو سكت أحدهما أو كلاهما فإن السوم لا يحرم وأكثر المبيع

---

(١) فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، ص/١١٧

(٢) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٤١٣/١

إنما يكون بالمساومة. فقد روى أحمد وأبو داود عن أنس أنه (ص) نادى على قدح وحلس لبعض أصحابه فقال رجل هما علي بدرهم ثم قال الآخر علي بدرهمين ورواه النسائي والترمذي وقال حسن (والبيع على بيع غيره قبل لزومه) لبقاء خيار مجلس أو شرط أو اطلاع على عيب في وقت يصعب الرد فيه كليل أو قيلولة أو شدة حر أو شدة برد (بأن يأمر المشتري بالفسخ ليبيعه مثله) أي مثل المبيع بأقل من ثمنه (والشراء على الشراء) قبل لزومه (بأن يأمر البائع بالفسخ ليشتريه) بأكثر مما باعه. فقد روى الشيخان عن ابن عمر "لا يبيع بعضكم على بيع بعض" وزاد النسائي حتى يبتاع أو يذر. وروى مسلم عن عقبة بن عامر "المؤمن أخو المؤمن فلا يحل لمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه حتى يذر ولا يخطب على خطبته حتى يذر". والمعنى في تحريم ذلك الإيذاء أما لو أذن البائع في البيع على بيعه عن رضا لا لنحو ضجر وضيق فقد ارتفع التحريم ولو باع أو اشترى دون إذن صح البيع والشراء لوجود شروط البيع كاملة.

(والنجش بان يزيد في الثمن لا لرغبة بل ليخدع غيره) فيشتريها أي غيره وهو محرم ولو كان المال ليتيم أو فقير أو محتاج لعموم النهي فقد روى الشيخان عن ابن عمر أن النبي (ص) نهى عن النجش.." (١)

"(والسوم على سوم أخيه) فقد روى الشيخان عن أبي هريرة أن النبي قال: "لا يسوم الرجل على سوم أخيه" وروى الشيخان عن ابن عمر "لا يبع بعضكم على بيع بعض" وهو خبر بمعنى النهي فيأثم فاعله إذا ان عالما به (وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن) بأن يصرحا بالتوافق على ثمن معين فيأتي ثالث فيقول لمن أخذ شيئا ليشتريه رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو مثله أو خيرا منه بأقل أو يقول لمالكه استرده لاشتريه منك بأكثر مما بعت فلو باع أو اشترى صح البيع لأن التراضي صريح أما إذا لم يصرحا بالبيع أو سكت أحدهما أو كلاهما فإن السوم لا يحرم وأكثر المبيع إنما يكون بالمساومة. فقد روى أحمد وأبو داود عن أنس أنه (ص) نادى على قدح وحلس لبعض أصحابه فقال رجل هما علي بدرهم ثم قال الآخر علي بدرهمين ورواه النسائي والترمذي وقال حسن (والبيع على بيع غيره قبل لزومه) لبقاء خيار مجلس أو شرط أو اطلاع على عيب في وقت يصعب الرد فيه كليل أو قيلولة أو شدة حر أو شدة برد (بأن يأمر المشتري بالفسخ ليبيعه مثله) أي مثل المبيع بأقل من ثمنه (والشراء على الشراء) قبل لزومه (بأن يأمر البائع بالفسخ ليشتريه) بأكثر مما باعه. فقد روى الشيخان عن ابن عمر "لا يبيع بعضكم على بيع بعض" وزاد النسائي حتى يبتاع أو يذر. وروى مسلم عن عقبة بن عامر "المؤمن أخو المؤمن فلا يحل لمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه حتى يذر ولا يخطب على خطبته حتى يذر". والمعنى في تحريم ذلك الإيذاء أما لو أذن البائع في البيع على بيعه عن رضا لا لنحو ضجر وضيق فقد ارتفع التحريم ولو باع أو اشترى دون إذن صح البيع والشراء لوجود شروط البيع كاملة.

(والنجش بان يزيد في الثمن لا لرغبة بل ليخدع غيره) فيشتريها أي غيره وهو محرم ولو كان المال ليتيم أو فقير أو محتاج لعموم النهي فقد روى الشيخان عن ابن عمر أن النبي (ص) نهى عن النجش.." (٢)

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٤٦٤/١

(٢) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ١٥٦/٢

"لكل منهما أي المعير والمستعير رد العارية المطلقة والمؤقتة ولو قبل فراغ المدة متى شاء لأن الإعارة مبرة من المعير وارتفاق من المستعير فلا يليق بها الإلزام والرد من المعير بمعنى رجوعه عن الإعارة إلا إذا أعار للدفن أي لدفن ميت فدفن فلا يرجع حتى يندرس أثر المدفون بأن يصير ترابا وذلك لأنه دفن بحق والنبش حرام والنظر إلى الأعضاء التي تندرس عادة ولا يمنع المالك من سقي الأشجار التي في مكان الدفن ما لم يفض ذلك إلى ظهور شيء من بدن الميت وإذا أعار للبناء أو الغراس ولم يذكر مدة ثم رجع بعد أن بنى المستعير أو غرس إن كان شرط القلع مجانا أي بلا بدل لزمه عملا بالشرط فإن امتنع فللمعير القلع ويلزم المستعير أيضا تسوية حفر إن شرطها المعير وإلا أي وإن لم يشرط عليه القلع فإن اختار المستعير القلع قلع ولا يلزمه تسوية الأرض في الأصح لأن الإعارة مع علم المعير أن المستعير يقلع تعني رضاه بما يحدث من القلع قلت: الأصح يلزمه والله أعلم لأن عليه رد الأرض إلى ما كانت عليه أي عليه التسوية وإن لم يختر القلع لم يقلع مجانا لأنه وضعه بحق فهو محترم لا يجوز إتلافه بل للمعير الخيار بين أن يبقيه بأجرة أو يقلع ويضمن أرش النقص وهو قدر التفاوت بين قيمته قائما ومقلوعا قيل: أو يتملكه بقيمته أي حين التملك وهو بيع فلابد فيه من **التراضي** وقيل: لا يلزم رضى المستعير لأن المعير له الرجعة إلى حقه متى شاء فإن لم يختر المعير شيئا من الخصال التي خير فيها لم يقلع مجانا إن بذل المستعير الأجرة لانتفاء الضرر وكذا إن لم يبذلها في الأصح لأن المعير مقصر بترك الاختيار وقيل: يجوز له القلع لأنه بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله مطلقا ثم بناء على الأصح إن لم يبذل المستعير الأجرة قيل يبيع الحاكم الأرض وما فيها من بناء أو غراس ويقسم بينهما بأن تقوم الأرض وما عليها من بناء أو غراس ويقوم البناء أو الغراس فحصة." (١)

"والامتناع الشرعي للتسليم كالحسي فلا يستأجر لقطع يد سليمة في غير قصاص وأيضا فلا يصح استئجار لقلع سن صحيحة لحرمة قلعها وأما العليلة فيصح الاستئجار لقلعها إن صعب الألم وقال أهل الخبرة إن قلعها يزيل الألم ولا يصح استئجارحائط لخدمة مسجد ولا استئجار أحد لتعليم التوراة والإنجيل أو السحر أو الفحش وكذا منكوحة لرضاع أو غيره بغير إذن الزوج في الأصح لأن أوقاتها مستغرقة بحقه وإذا جاز الاستئجار فيشترط به أن لا يؤدي لخلوة محرمة ويجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمة لأن الدين يقبل التأجيل كما لو أسلم في شيء إلى أجل معلوم كألزمت ذمتك الحمل إلى مكة أول شهر كذا لأن إجارة الذمة دين فهي سلم كما ذكرنا وأول الشهر هو مستهله، أما إذا قصد به النصف الأول من الشهر فهو باطل ولا يجوز إجارة عين المنفعة مستقبلة كإجارة أرض مزروعة لا يتأتى تفريغها قبل مضي مدة لها أجرة عادة أو أجره دارا سنة أولها بعد شهر ولكن لو أجره فلم يستخدم المأجور إلا بعد شهر أو نحوه صح عقد الإجارة فلو أجر الثانية لمستأجر الأولى قبل انقضائها جاز في الأصح وهو كالاستثناء مما سبق وصح لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر كما لو أجره السنتين في عقد واحد ويجوز كراء العقب جمع عقبة أي نوبة وسمي بذلك لأن كل مستأجر يعقب صاحبه في الأصح وهو أن يأجر دابة ليركبها بعض الطريق ويركب المؤجر البعض الآخر أو يأجرها رجلين ليركب هذا أياما وذا أياما على التناوب ويبين البعضين لكل مستأجر إن لم يكن عادة فإن كان هناك عادة مضبوطة بزمان

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٢/٣٣٢

أو مسافة اتبعت ثم يقتسمان الركوب **بالتراضي**، فإن تنازعا في البادئ أقرع وذلك لملكهما المنفعة معا ويغتفر التأخير الواقع بعد العقد على العين لضرورة القسمة.

؟ فصل في شروط المنفعة وما تقدر به ؟." (١)

"**التراضي** أما إذا تعين تنفيذ الوصايا كان القبول على الفور ويسن لمن علم من نفسه الأمانة والقبول فإن لم يعلم من نفسه ذلك فالأولى له أن لا يقبل فقد روى مسلم عن أبي ذر (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: إني أراك ضعيفا وإني أحب لك ما أحب لنفسي لا تتأمرن على اثنين ولا تلين مال يتيم) ولا يشترط اللفظ في القبول بل يكتفى بالعمل وفق الوصية وإن اشترط السبكي اللفظ وهو بعيد. ولا يصح القبول والرد في حياته أي الموصي في الأصح لأنه لم يدخل وقت تصرفه كالموصى له بالمال بخلافه بعد الموت ولا يشترط بعد الموت الفور في القبول كما ذكرنا ما لم يتعين تنفيذ الوصايا أو يعرضها عليه الحاكم بعد ثبوتها عنده ولو وصى لاثنين وشرط اجتماعهما أو أطلق بأن قال: أوصيت إلى فلان ثم قال ولو بعد مدة: أوصيت إلى فلان أو قال عن شخص: هذا وصيي ثم قال عن آخر: هذا وصيي لم ينفرد أحدهما بالتصرف إذا قبل الإيصاء بـل لا بد من اجتماعهما عليه بأن يصدر عن رأيهما ولو بإذن أحدهما للآخر أو يأذنا لثالث فيه لأن أحدهما قد يكون أعرف والآخر أوثق إلا إن صرح به أي إن صرح بالانفراد فيجوز حينئذ كالوكالة وأما إذا عين عليهما مشرفا أو ناظرا لم يثبت له تصرف وإنما يتوقف تصرفهما على مراجعته وللموصي والوصي العزل متى شاء أي للموصي أن يعزل الوصي وللوصي أن يعزل نفسه لكن يلزمه إعلام الحاكم فورا. قال النووي: إلا أن يتعين عليه كأن يكون عينه القاضي بعد موت الموصي أو استأجره الموصي قبل موته على عمل معلوم أو يغلب على ظنه إذا عزل نفسه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره. ونسميه رجوع الموصي عن الإيصاء إليه عزلا فجاز لأنه لا عبرة بالقبول والرد في حال حياة الموصي وإذا بلغ الطفل أو أفاق المجنون أو رشد السفيه ونازعه أي نازع الوصي في أصل الإنفاق أو قدره عليه صدق الوصي بيمينه وكذا قيم الحاكم لأن يد كل منهم ا يد أمانة ويتعذر." (٢)

"مهر المثل ويجوز فرض مؤجل في الأصح **بالتراضي** بينهما وفوق مهر مثل سواء أكان من جنسه أم لا وقيل لا إن كان من جنسه بناء على أن الواجب ابتداء مهر المثل ولا يزيد البدل عليه أما إن كان من غير جنسه كعرض جاز أن تزيد قيمته على مهر المثل لأن القيمة ترتفع وتنخفض ولو امتنع من الفرض أو تنازعا فيه فرض القاضي نقد البلد حالا أي إذا امتنع الزوج من المفروض أو تنازعا في مقدار المفروض فإن القاضي بفض الخصومات فيفرض القدر المفروض للمهر حالا كما في قيمة المتلفات ولها بعد فرض القاضي التأجيل في القبض بما تشاء قلت وتفرض مهر مثل ويشترط عمله به والله أعلم أي يفرض القاضي مهر مثل بلا زيادة ولا نقصان ويشترط علمه بمهر المثل حتى لا يظلم أحدا ولا يصح فرض أجنبي من ماله في الأصح بغير إذن الزوج لأنه خلاف ما يقتضيه العقد إلا إذا أذن الزوج للأجنبي فجاز ذلك

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، 2/٣٨٠

(٢) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٢/٥٠٠

والفرض الصحيح كمسمى فيتشرط بطلاق قبل وطء أي ما فرضناه في العقد أو ما فرضه القاضي ويتشطر عند الطلاق لقوله تعالى: (وقد فرضتم لهن فرضية فنصف ما فرضتم) البقرة٢٣٧. ولو طلق قبل فرض ووطء فلا شطر لمفهوم قوله تعالى: (وقد فرضتم لهن فرضية) البقرة٢٣٧، وهذه لم يفرض لها فلها المتعة وإن مات أحدهما أي أحد الزوجين قبلهما أي قبل الفرض والوطء لم يجب مهر مثل في الأظهر كالفرقة بالطلاق قلت الأظهر وجوبه والله أعلم لما روى أحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم في حديث معقل بن سنان الأشجعي (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق وقد نكحت قبل مهر فمات زوجها بمهر مثلها والميراث) قال الترمذي حسن صحيح.

؟ فصل في بيان مهر المثل ؟." (١)

"وقسمة الأجزاء افراز في الأظهر في الحالتين التراضي والإجبار لأنه تبين فيها نصيب كل من الشركاء ولو كانت القسمة بيعا لما دخلها الإجبار.

ويشترط في قسمة الرد الرضا لفظا بعد خروج القرعة لأنها بيع والبيع لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة أو قولهما رضينا بما أخرجته القرعة لأن الرضا أمر خفي فأنيط بأمر ظاهر يدل عليه.

ولو ثبت ببينة غلط أو حيف أي ظلم في قسمة إجبار نقضت القسمة فإن لم يكن بينة على الغلط أو الحيف وادعاه أي الغلط واحد من الشريكين على شريكه فله تحليف شريكه أي لا غلط أو أنه لا يستحق عليه ما ادعاه ولا شيئا منه فإن حلف شريكه مضت القسمة وإلا حلف المدعي ونقضت القسمة.

ولو ادعاه في قسمة تراض بينهما بأن نصبا قاسما أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة فالأصح أنه لا أثر للغلط ولذلك فلا فائدة لهذه الدعوى لتراضيهما على القسمة أصلا وال رضا بها قلت: وإن قلنا إن قسمة التراضي قسمة إفراز نقضت تلك القسمة بادعاء الغلط فيها إن ثبت الغلط ببينة وإلا فيحلف شريكه والله أعلم كما مر في قسمة الإجبار.

ولو استحق بعض المقسوم شائعا كالثلث أو الربع مثلا بطلت القسمة فيه أي البعض المستحق وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة والأظهر فيه الصحة ويتخير كل من الشريكين.

أو استحق من النصيبين شيء معين فإن كان المعين بينهما سواء بقيت القسمة في الباقي إذ لا يتراجع بين الشريكين وإلا يكن المعين بينهما سواء وذلك بأن اختص بأخذ النصيبين أو كان فيهما لكنه في أحدهما أكثر بطلت القسمة لأن ما بقي لكل واحد منهما لا يكون قدر حقه بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة.

؟ كتاب الشهادات ؟

والشهادات جمع شهادة وهي اصطلاحا إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص والأصل فيها قبل الإجماع الكتاب والسنة.." (٢)

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ١١٨/٣

(٢) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام الن‌و‌وي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ١٦٧/٤

"وأما حقيقته الشرعية، فهي : القصد إلى مقدور عليه متردد بين الوجود والعدم، داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر . وقد عرف الأحناف الخيار بأنه "الاختيار . وقيل : التخيير . بين الفسخ والإمضاء" .

وعرف الشافعية الخيار بأنه "طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه" .

(شرح فتح القدير ومعه شرح العناية (٢٥٣/٦) ، مغني المحتاج (٥٨/٢)) .

(٥٨٥) البيع لغة: مصدر "باع" ، وهو : مبادلة مال بمال . أو مقابلة شيء بشيء، أو دفع عوض وأخذ ما عوض عنه .

والبيع من الأضداد . كالشراء . قد يطلق أحدهما ويراد به الآخر، ويسمى كل واحد من المتعاقدين : بائعا، أو بيعا. لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن في العرف أن يراد به باذل السلعة . ... =.........

=وفي اصطلاح الفقهاء، للبيع تعريفان: أحدهما : البيع بالمعنى الأعم (وهو مطلق البيع) ، والآخر: البيع بالمعنى الأخص (وهو البيع المطلق) . ...…...................

فالحنفية عرفوا البيع بالمعنى الأعم بمثل تعريفه لغة بقيد (**التراضي**) . وعرفه الشافعية بأنه : مقابلة مال بمال على وجه مخصوص . (المصباح المنير (٦٩/١) ، لسان العرب (٤٠١/١) ، فتح القدير (٦ /٢٤٦) ، درر الحكام (١٤٢/٢)) .

(٥٨٦) ينظر : الاستدلال في الحاوي (٤٦٥/٢) .

(٥٨٧) هي عمرة القضاء ثبت أنه (أقام بمكة ثلاثا من حديث أنس :

أخرجه البخاري (٥٦١/٢) كتاب : تقصير الصلاة، باب : ما جاء في التقصير، حديث (١٠٨١)، مسلم (٤٨١/١) كتاب : صلاة المسافرين ، باب : صلاة المسافرين وقصرها، حديث (٦٩٣).

(٥٨٨) مزدلفة : بالضم ، ثم السكون، ودال مهملة مفتوحة، ولام مكسورة، وفاء ، على وزن "مفتعلة" .

قيل : من الازدلاف وهو الاقتراب؛ لأنها بالقرب من مكة أو منى .." (١)

"(١٧٩٧) ورد في الأم ومختصر المزني : إن المكاتب ملكه غير تام عليه فإن عتق فكأنه استفاد من ساعته، وإن عجز فكأن مولاه استفاد من ساعته. ونقلا من الحاوي: المكاتب ناقص الملك؛ لأنه لا يرث ولا يورث، فلم تلزمه الزكاة؛ لأن من شرطها تمام الملك .وقال الشافعي في الأم : إن ملك المكاتب غير تام عليه؛ لأنه غير جائز فيه هبته ولا يجبر على النفقة .

(الأم (٢٧/٢)، مختصر المزني ،ص (٦٧)، الحاوي (١١٧/٤، ١١٨)) .

(١٧٩٨) ينظر : المبسوط (١٦٣/٢) .

(١٧٩٩) الجزية: ما يؤخذ من أهل الذمة، والجمع: جزى . بالكسر . مثل : لحية ولحى، وهي عبارة عن المال الذي تعقد الذمة عليه للكتابي، وهي فعلة من الجزاء كأنها جزت عن قتله، قال ابن منظور: الجزية أيضا خراج الأرض قال الله

---

(١) النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة – من مسائل التطوع والاعتكاف، ٤٩٢/١

تعالى : (((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((((التوبة :٢٩ .

وعرفها الحنفية بأنها : اسم لما يؤخذ من أهل الذمة فهو عام يشمل كل جزية سواء أكان موجبها القهر والغلبة وفتح الأرض عنوة، أم عقد الذمة الذي ينشأ **بالتراضي**.

وعرفها الحصني من الشافعية بأنها : المال المأخوذ **بالتراضي** لإسكاننا إياهم في ديارنا، أو لحقن دمائهم وذراريهم وأموالهم، أو لكفنا عن قتالهم .

(لسان العرب (٦١٩/١)، حاشية قليوبي على شرح المنهاج (٢٢٢/٢)، الفتاوى الهندية (٢٤٤/٢)) .

(١٨٠٠) قال الماوردي في الحاوي (١١٧/٤) أما ما ذكروه من الجزية فلا يصح الجمع بينهما لأن وجوب الجزية أضيق ووجوب الزكاة أوسع ألا ترى أن الجزية تجب على الرجال دون النساء والزكاة تجب على الرجال والنساء فلم يصح الجمع بينهما . والله أعلم بالصواب .

(١٨٠١) ورد في المخطوط (الكفافر) . ولعل الصواب ما أثبته .

(١٨٠٢) ينظر : المجموع (٣٠٢/٥) .." (١)

" فرعان

أحدهما أن السن والفقه إذا تعارضا في أخوين قالت المراوزة الأفقه أولى كما في سائر الصلوات وقال العراقيون نص الشافعي رضي الله عنه هاهنا يدل على أن السن أولى ونصه في سائر الصلوات يدل على أن الفقه أولى ففي المسألتين قولان بالنقل والتخريج ووجه تقديم السن هاهنا أن المراد الدعاء وقد قال صلى الله عليه وسلم إن الله يستحي أن يرد دعوة ذي الشيبة المسلم

الثاني عبد فقيه وحر غير فقيه وأخ رقيق وعم حر ففي المسألتين وجهان ولعل التسوية أولى لتعادل الخصال وعند التسوية لا مرجع إلا إلى القرعة أو **التراضي**

فأما الموقف فليقف الإمام وراء الجنازة عند صدر الميت إن كان رجلا وعند عجيزة المرأة كأنه يحاول سترها عن القوم فلو تقدم على الجنازة ففيه خلاف مرتب على تقدم المقتدي على الإمام وأولى بالجواز لأن الغائب قد يصلى عليه ويكون الميت وراء المصلي وإن كان ذلك بسبب الحاجة فلا بأس بإدخال الجنازة المسجد خلافا لأبي حنيفة

". (٢)

" فرعان

الأول إذا اجتمع الجنائز فيجوز أن يفرد كل واحدة بالصلاة ويجوز أن يصلى على الجمع

---

(١) النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة - من مسائل التطوع والاعتكاف، ١٣٠/٢

(٢) الوسيط، ٣٨١/٢

وفي كيفية الوضع وجهان

الأصح أنه يوضع الكل بين يدي الإمام على هذه الصورة

الثاني أنه يوضع صفا مادا في يمين الإمام على هذه الصورة

الثاني أن قرب الجنازة من الإمام رتبة مطلوبة مستحق بالسبق مرة وبالتقدم في الرتبة أخرى فيوضع الرجل أولا ثم الصبي ثم الخنثى ثم المرأة ولا يقدم بالحرية والرق ولكن بصفات دينية تزيد الرغبة في الصلاة عليه ولو سبقت جنازة امرأة فإذا ألحق رجل نحيت المرأة ولو سبق جنازة صبي لا تنحى بسبب رجل وذكر صاحب التقريب وجها أنه ينحى وعند تساوي الصفات فلا مرجع إلا إلى القرعة أو **التراضي** الطرف الثالث في كيفية الصلاة

وأقلها تسعة

". (١)

" الركن الأول الصيغة وهي الإيجاب والقبول وسبب اعتبارها الاستدلال بهما على الرضا فإن الأصل هو **التراضي** ولكن الرضا خفي فيناط الحكم بسبب ظاهر يدل عليه

ويتفرع عن هذا الأصل ثلاث مسائل نذكره في معرض السؤال فإن قيل فليكتف بالمعاطاة فإنها دلالة على الرضا في المحقرات قلنا الأفعال مترددة ما صيغت للدلالة على الضمائر وإنما العبارات هي الموضوعة لهذا الغرض فكان الحكم منوطا بها

وقد ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى الاكتفاء به في المحقرات وهو قول خرجه ابن سريج

". (٢)

"

والصحيح انه لا ينفسخ لان الجهل محذور في الابتداء والعقد الآن قد استقر وعلى هذا يأخذ الباقي بقسطه

وقول التكميل ها هنا في نهاية الضعف لأن العقد قد سبق مقتضيا للتوزيع التفريع

إن جوزنا تفريق الصفقة في الدوام فلو اشترى عبدين ووجد بأحدهما أو بهما عيبا وأراد إفراد واحد بالرد وهو المعيب فله ذلك

ولو أراد ردهما جاز أيضا وان كان المعيب واحدا لانه لم يسلم له كل المشترى

وفيه وجه انه لا يردهما إلا إذا كانا معيبين

---

(١) الوسيط، ٣٨٢/٢

(٢) الوسيط، ٨/٣

ولا خلاف في أنه لو أراد رد نصف عبد لم يجز لان التبعيض عيب في حق البائع وان فرعنا على القول الآخر فليس له إفراد أحد العبدين بالرد أن رضي البائع فوجهان

أقيسهما المنع لان استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا تختلف **بالتراضي**

والثاني الجواز وكأن هذا القائل يعلل بتضرر البائع برجوع بعض المبيع إليه

". (١)

"لا مردود وتعين الحق في الأرش وهو جزء من الثمن كما سبق وهل يبرأ عن ذلك الجزء من الثمن بمجرد الاطلاع أم يتوقف على طلبه فيه تردد

وميل القاضي إلى انه لا يتوقف على الطلب بخلاف ما لو قدر على الرد فان الفسخ لا يحصل دون طلبه ومن الأصحاب من قال كما بقي له طريق الرضا بالمعيب بكل الثمن مع البقاء يبقى له ذلك بعد الفوات فلا بد من الطلب

فان قيل لو كان قد استوفى الثمن وطلب المشتري الأرش فهل يتعين حقه في عين الثمن أم يجوز للبائع الإبدال

قلنا فيه تردد للأصحاب إذ يحتمل أن يقال المعيب في مقابلة كل الثمن إن رضي به وإلا فهو في مقابلة بعضه فيخرج ذلك البعض عن المقابلة وتعين لاستحقاقه وهو ظاهر كلام الأصحاب وكأن المقابلة تغيرت ولكن جوز ذلك مهما استند إلى سبب في اصل العقد وان كان لا يجوز ذلك **بالتراضي** عند إلحاق زيادة بالثمن بعد اللزوم

ويحتمل أن يقال هذه غرامة وكأن البائع جعل معيبا لملك المشتري إذ العقد الواحد لا يقتضي مقابلتين في حالتين ويشهد له أن مشتري الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطأها ولو كان جزء منه لغرض العود إلى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لا ورث توقعه شبهة وهذه المباحثة من دقيق الفقه فلتفهم

". (٢)

" الركن الرابع الصيغة

وفيه مسألتان

إحداهما أن الإيجاب لا بد منه وهو قوله وكلتك أو أذنت لك أو ما يقوم مقامه

وفي القبول ثلاثة أوجه

أحدها لا يشترط لأنه تسليط وإباحة فأشبه إباحة الطعام وفي طريقة العراق أنه لابد من القبول ثم يكفي **التراضي** والقبول بالفعل وهذا عين إسقاط القبول بتنزيله منزلة الإباحة والثاني أنه يشترط لأنه عقد كالعقود

---

(١) الوسيط، ٩٣/٣

(٢) الوسيط، ١٢٩/٣

والثالث قال القاضي إن قال بع وطلق وأتى بصيغة الأمر فهو كالإباحة وإن قال وكلتك أو أنبتك فهذا من حيث الصيغة يستدعي قبولا لينتظم

وقد أطلق الأصحاب أن الوكيل لو عزل نفسه ينعزل

وعلى رأي القاضي يحتمل أن يقال لا تأثير لرد الوكالة كما لا تأثر لرد الإباحة ويحتمل أن يقال الإباحة تبطل بالرد فيحتاج إلى استئنافها بعد ذلك إن قلنا لا يشترط قبوله ففي اشتراط علمه وجهان مرتبان على انعزاله

". (١)

"

أما إذا خلف ابنين فأقر أحدهما وأنكر الآخر فالنسب لا يثبت قطعا ونص الشافعي رضي الله عنه على أن الميراث لا يثبت لأنه فرع النسب وعليه إشكالات قررناها في مسائل الخلاف ولأجله خرج ابن سريج وجها أنه يرث وذكر صاحب التقريب طريقين

أحدهما أن الميراث يثبت باطنا وهل يثبت ظاهرا وجهان

والثاني أنه لا يثبت ظاهرا وهل يثبت باطنا وجهان التفريع

إن قلنا يثبت الميراث على المقر فإذا كانت التركة ستمائة فيأخذ المقر له من المقر كم وجهان

أحدهما مائة وخمسين وهو نصف ما في يده لأنه أعترف له بالمساواة في كل شيء

والثاني مائة وهو ثلث ما في يده فإنه مظلوم بالمائة الأخرى من المنكر

و قال صاحب التقريب هذا إذا كان المقر مجبرا في القسمة فلو كان القسمة **بالتراضي** فقد تعدى بتسليم نصيبه إلى المكذوب فيغرم له والقياس ما قاله فروع سبعة

الأول لو أقر أحد الابنين بزوجية امرأة لأبيه وأنكر الآخر فالظاهر أنه لا يثبت الميراث كما في النسب وفيه وجه أنه يثبت لأن المقصود بالإقرار ها هنا الإرث دون الزوجية

". (٢)

"فلا يمنعن جاره من أن يضع خشبة على جداره ولعله تأكيد للاستحباب

التفريع إذا لم يوجب فلو رضي فهو إعارة فلو انهدم الجدار فالظاهر انفساخ الإعارة فيفتقر إلى إعادتها وإن رجع قبل الانهدام فله ذلك وفائدته التسلط على النقض بشرط أن يغرم الأرش إذا بنى بإذنه

---

(١) الوسيط، ٢٨٣/٣

(٢) الوسيط، ٣٦١/٣

وقال القاضي فائدته المطالبة بالأجرة في المستقبل فإن الطرف الآخر في الملك الخالص للمستعير فلا يمكنه أن ينقص ذلك

أما الجدار المشترك فالنظر في الانتفاع والقسمة والعمارة

أما الانتفاع فلا يجوز إلا بعد **التراضي** كسائر الأملاك المشتركة وأما الاستناد إليه ففي المنع منه تردد لأنه عناد محض

أما القسمة فجائزة **بالتراضي** في الطول والعرض جميعا ثم لا يتصرف كل واحد بما يضر بصاحبه لأن الأملاك متلاصقة ولا يجبر على قسمة الجدار في كل الطول ونصف العرض لأنه لا يسلط على الانتفاع بوضع الجذوع ولأن القرعة قد تخرج على نقيض المراد

---

(١) ".

"& الباب الثاني في كيفية الأخذ وحكم المأخوذ منه & وفيه ثلاثة فصول الفصل الأول فيما يحصل به الملك ولا بد من رضا الشفيع فإنه غير مجبر ولا يشترط رضا المشتري فإنه مقهور ولا يكفي قول الشفيع أخذت وتملكت وأنا طالب بل يحصل الملك بأمرين

أحدهما بذل الثمن

والآخر تسليم المشتري الشقص إليه راضيا بذمته

فإن وجد الرضا دون تسليم الشقص والثمن فوجهان

أحدهما يحصل لأنه معاوضة فبعد **التراضي** لا يشترط القبض

والثاني لا إذ لا عبرة برضا المشتري وهو مقهور فلا بد من أمر زائد وهو تسليم الشقص أو أخذ الثمن

ولو رفع الشفيع الأمر إلى القاضي وطلب وقضى له القاضي ففي حصول الملك وجهان

ولو أشهد على الطلب ولم يقض القاضي فوجهان مرتبان وأولى بأن لا يحصل ثم إن

---

(٢) ".

"

فإن استأجر سنة فذاك وإن زاد فثلاثة أقوال

والأصح أنه لا يتقدر بمدة بل يتبع **التراضي** إذ لا توقيف في التقدير

---

(١) الوسيط، ٥٧/٤

(٢) الوسيط، ٨٠/٤

والثاني أنه لا يزيد على سنة فإنه أثبت للحاجة

والثالث أنه ينتهي إلى ثلاثين سنة ولا يزاد عليه لأنه يصير في معنى البيع التفريع

إذا جوزنا الزيادة وهو الصحيح فلو أجر سنين فهل يشترط بيان حصة كل سنة في الأجرة فوجهان

أحدهما لا كبيان الأشهر في سنة واحدة

والثاني نعم إذا يغلب تفاوت أجرة المثل وربما تمس الحاجة إلى معرفته في التفاسخ إن اتفق فرع

لو قال أجرتك سنة فالأظهر أنه يصح وينزل على السنة الأولى بالعرف

". (١)

"

أما المستوفي وهو الراكب فيجوز إبداله بمثله

وأما المستوفى منه وهو الأجير والدابة والدار فلا يجوز الإبدال بعد ورود الإجارة على العين

وأما المستوفى فيه وهو الثوب في الخياطة والصبي في التعليم والمسافة في البلاد والطرق ففيه ثلاثة أوجه

أحدها الجواز لأن الإجارة لا تتعلق بهذه الأشياء كالمستوفي

والثاني لا كالمستوفى منه

والثالث أنه لا إجبار فيه ولكن بالتراضي يجوز من غير تصريح بمعاوضة وشرطها فرع

إذا استأجر ثوبا للبس فلا يبيت فيه ليلا وكذا في وقت القيلولة وفي وقت القيلولة وجه وليس له الاتزار به لأن ضرره فوق اللبس

وفي الارتداء به وجهان لأن ضرر جنس آخر

". (٢)

"

والثاني للمالك فإنه لم ينصرف إليه عمل متقوم والسبب انعقد للعبد والمالك يتلقى الملك لملك الرقبة الثالثة في نفقته ثلاثة أوجه

القياس أنه على الوارث نظرا إلى الملك فإن أراد الخلاص فليعتق

و الثاني أنه على الموصى له لأنه يستحق المنافع على الدوام فكان كزوج الأمة

والثالث أنه في كسبه فإن لم يف فعلى بيت المال وإليه ذهب الإصطخرى

---

(١) الوسيط، ٤/١٦٨

(٢) الوسيط، ٤/١٨٦

وقد اختلفوا في أن الموصى له هل ينفرد بالمسافرة به

والظاهر أنه يملك إذ به كمال الانتفاع ولذلك يمتنع على الوارث المسافرة قطعا بخلاف سيد الأمة المزوجة

والثاني أنه لا يملك كما لا يملك بملك زوج الجارية مراعاة لحق المالك فلا يجوز إلا **بالتراضي** كالتزويج على ظاهر المذهب الرابعة إذا قتل فللوارث استيفاء القصاص ويحبط حق الموصى له

وإن وقع الرجوع إلى القيمة ففيه وجهان

". (١)

"وإن سبي معه ماله فلا يقضي الدين من المال لأنه يتملك ماله بمجرد السبي ولا يرق إلا بصرف الرق بعده

أما المرأة إذا كان عليها دين فسبيت مع مالها قدم حق الغانمين لأن سبب الملك أقوى من سبب تعلق الدين بالمال ويحتمل أن يقدم الدين ويشبه بملك الوارث إذ يقدم حق الدين عليه وإن كان حلول الدين والوراثة يحصل معا بالموت هذا إذا استرق من عليه الدين أما إذا استرق من له الدين فلا تبرأ ذمة من عليه الدين بل هو كودائع الحربي المسبي وسيأتي

أما إذا ما استقرض حربي من حربي شيئا أو التزم دينا بمعاملة ثم أسلما أو قبلا الجزية أو الأمان فالإستحقاق مستمر وكذلك يبقى مهر الزوجة إذا أسلما إن لم يكن المهر خمرا أو خنزيرا ولو سبق المستقرض إلى الإسلام أو الذمة فالنص أن اللزوم قائم ونص على أن الحربي إذا ماتت زوجته فدخل دارنا فجاء ورثتها يطلبون مهرها فليس لهم ذلك فقيل قولان بالنقل والتخريج ووجه السقوط بعد طلب الحربي المال من مسلم أو ذمي في دارنا وهذا ضعيف إذ قطعوا بأن رق من عليه الدين لا يسقط دين الحربي وهو أمان وأنهما إن أسلما على التعاقب استمر الطلب ولو برئت الذمة بإسلام من عليه الدين لما عاد الطلب فلعل الشافعي رضي الله عنه أراد ما إذا كان الدين خمرا أو خنزيرا

أما إذا كان قد أتلف الحربي على حربي مالا أو قهره وأخذ ماله فلا ضمان عليه إذا أسلم أو قبل الجزية وإنما اللزوم بحكم **التراضي** وإتلاف مال الحربي لا يزيد على إتلاف مال المسلم ولا ضمان له بعد الإسلام وفيه وجه أنه يبقى الضمان لأن ذلك ملتزم فيما بينهم

". (٢)

"فوق القتل لم يملكه وإن قلنا إنه دونه فقد كان يملكه قبل الإسلام فيملكه الآن إلا أن يسلم قبل الظفر

ولو حكم بضرب الجزية عليهم فهل عليهم القبول فيه وجهان ووجه المنع أنه معاقدة **بالتراضي** فلا يجبرون عليه

---

(١) الوسيط، ٤/٤٥٨

(٢) الوسيط، ٧/٢٩

وينبغي أن يجري الخلاف في المفاداة أيضا فإن قلنا لا تلزمهم فلا يتعرض لهم بقتل وغيره إن منعوا بذل الجزية لكن نلحقهم بالمأمن ونستأنف القتال وإن قلنا يلزمهم فحكمهم حكم أهل الذمة إذا منعوا الجزية وسيأتي

ولو شرط الأمان لمائة نفر من أهل القلعة فالإختيار إليه فله أن يعين من شاء فإن عين مائة تامة فلنا أن نقلته لانه زائد على المائة كما فعله أبو موسى رضي الله عنه

". (١)

"أحدهما المنع إذ لا غرض فيما لا إصابة فيه والثاني أنه يصح وهو الأصح إذ قد يحتاج إلى إلقاء السهم في القلعة

ثم إذا صح فلا بد من تساوي السهمين والقوسين في اللين والخفة حتى إن الرماة يتضايقون فيه إلى حد يشرطون الرمي عن قوس واحد بسهم واحدة

الشرط الخامس أن يرد العقد على رماة معينين

ولا يجوز إيراده على الذمة ثم تعيين الرماة ويصح العقد بين الحزبين ولكن التحزب يكون **بالتراضي** لا بالتحكم ولا يجوز أن يكن بالقرعة لأنها قد يجتمع الحذاق في جانب إلا أن يقرعوا أولا ثم ينشئون العقد على ما ميزت القرعة فإن ذلك رضا مستأنف وهو جائز إلا إذا علم قطعا فوز أحد الحزبين فذلك لا ينعقد على وجه لانتفاء الخطر

ولا خلاف في أنه لو ترامى غريبان صح وإن أمكن أن يكون أحدهما بحيث لو علم حاله لتحقق عجزه أو ظفره ولكن إن بان تفاوت يرفع الإحتمال فيتبين بطلان العقد

ثم لا يشترط التساوي في عدد الرماة في التحزب بل في الإصابة فقد يرامي واحد اثنين ولكن يرمي الواحد سهمين وكل واحد من الإثنين سهما واحدا ثم يفض السبق على عدد الرءوس وإن اختلفوا في عدد الإصابة إلا أن يشترط التوزيع على عدد الإصابة

". (٢)

" الفصل الثالث في جواز هذه المعاملة

وفيها قولان كما في المسابقة فإن قلنا باللزوم لم يجب تسليم السبق إلى تمام العمل وفيه وجه يجري في المسابقة أنه يجب كتسليم الأجرة لأن الإنهدام في الدار أيضا متوقع إلا أن انهدام الدار بعيد وأما الفوز فتقديره ليس بأغلب من نقيضه ويفارق الإجارة أيضا في أنه لو مات العاقد انفسخ لأن العقد متعلق بعينه ولو مات الفرس انفسخت المسابقة ولو

---

(١) الوسيط، ٥١/٧

(٢) الوسيط، ١٩٠/٧

مات المسابق والفرس قائم انقدح أن يقال على الوارث إتمامه لأن الأصل الفرس وفيه بعد أيضا لأن للفارس فيه دخلا ظاهرا وإن قلنا بالجواز تفرع أربعة أمور

أحدها جواز إلحاق الزيادة بالإرشاق والقرعات **بالتراضي** فلو استبد أحدهما دون صاحبه فثلاثة أوجه أحدها أنه لا غ والثاني أنه معتبر والثالث أنه يعتبر من الغالب دون المنضول لأن المنضول إذا استشعر الضعف فلا يزال يدافع بالزيادة ثم نعني بالغالب الذي ظهر استيلاؤه وقارب الظفر فلا يكفي التقدم بقرعة وقرعتين فإن ذلك سريع التغير وإذا قلنا إنه يعتبر لم يلزم في حق صاحبه بل إن تثاقلت عليه فليفسخ العقد كما لو زاد الجاعل عملا على المجعول يجري فيه هذا الخلاف فإن اعتبر فللمجعول فسخ العقد وطلب أجرة المثل بخلاف ما لو فسخ تشهيا بعد الشروع في العمل بغير عذر فإنه لا يستحق شيئا

الثاني الفسخ وذلك جائز لكل واحد عند التساوي وجائز من الناضل وهل ينفذ من

---

(١) ".

"هذا في قسمة القاضي بالإجبار أما إذا كان القسام منصوب الشركاء **بالتراضي** أو تولوا القسمة بأنفسهم فظهور الغلط بعد تمام القسمة هل يوجب نقضها قال العراقيون لا تنقض لأنه رضي به فصار كما إذا اشترى بغبن وهذا يتجه على قولنا إنها بيع فإن جعلناها إفراز حق فلا يمكن ذلك مع التفاوت وكذا إن جعلناه بيعا ولم يجر لفظ البيع أو ما يقوم مقامه

---

(٢) ".

"النفيس ورد مائتين استويا ولكن هذا لا يجبر عليه قطعا لأن فيه تمليكا جديدا

لو قال أحدهما يختص أحدنا بالخسيس وخمس من النفيس فهذا هل يجبر عليه ليتخلص في أحد العبدين عن الشركة فيه خلاف والظاهر أنه لا يجبر لأن أصل الشركة ليس ينقطع

فإن قيل فما حقيقة القسمة قلنا أما قسمة الإفراز ففيه قولان

أحدهما أنه إفراز إذ لو كان بيعا لما أجبر عليه فكأنه قد تبين بالقسمة أن ما خصه هو الذي ملكه

والثاني أنه بيع إذ يستحيل أن يقال إنه لم يرث من أبيه إلا هذه الحصة على الخصوص

وأما قسمة الرد فهو بيع في القدر الذي يقابله العوض وفي قسمة الباقي وفي قسمة التعديل بيع أيضا إن قلنا لا يجبر عليه وإن قلنا إنه يجبر فطريقان منهم من خرج على القولين ومنهم من قطع بأنه بيع ولكن يجبر للحاجة

---

(١) الوسيط، ٧/١٩٨

(٢) الوسيط، ٧/٣٣٨

ويخرج على القولين مسائل في الربويات والزكاة والوقف فإذا قلنا إنه بيع لم يجز فصل الوقف عن الملك لأنه بيع أما فصل الوقف من الوقف فلا يجوز وإن قلنا إنه إفراز لأنه كالتغيير لشرط الواقف وفيه وجه أنه يجوز لأنه قد يشرف على الإنهدام فيحتاج إلى القسمة فإن قيل فهل يشترط الرضا قلنا لا يشترط في قسمة الإجبار ويشترط في قسمة **التراضي** ولا بد من لفظ وهو قوله رضيت ويجب تجديده بعد خروج القرعة فيقول رضيت بهذا وقال العراقيون يكفي السكوت بعد الرضا إلى خروج القرعة فلا يجب التجديد

وأجمعوا على أنه لا يشترط لفظ البيع وإن قلنا إنه بيع ومنهم من شرط أن يقول

". (١)

"قاسمتك على هذا الوجه أو رضيت بالقسمة ليتلفظ بالقسمة ولا يكفي قوله رضيت بهذا لأن القسمة تؤدي معنى التمليك والتملك

فرعان

أحدهما أن القبة والقناة والحمام وما لا يقبل القسمة فالصواب المهايأة فيها **بالتراضي** ومن رجع قبل استيفاء نوبته فله ذلك وإن استوفى ثم رجع فوجهان أقيسهما أنه يرجع ويغرم ما انفرد به

والثاني لا لأن هذه معاملة جرى عليها الأولون فلا تشوش وقال ابن سريج يجبر على المهايأة لأن بعض من يستغني عنه لثروته قد يعطل على الشركاء بكذا والصحيح أنهم لو تنازعوا وتناكدوا تركوا إلى أن يصطلحوا

الثاني أنه لو تقدم جماعة فالتمسوا من القاضي قسمة مال بينهم من غير إقامة حجة على أنه ملكهم فالصحيح أن القاضي يقسم ويكتب في الحجة إني قسمت بقولهم وكذلك إذا جاء واحد منهم وطلب وفيه قول آخر أنه لا يجيب لأنه ربما يكون متصرفا في مال الغير من غير بينة وهو بعيد لأن اليد لهم في الحال

". (٢)

"حقه خمسين ولم يظفر إلا بسيف يساوي مائة ففي دخول الزيادة في ضمانه وجهان

أحدهما نعم كالأصل

والثاني لا يضمن لأنه لم يأخذ بحقه فكان معذورا فيه بل قال القاضي لو احتاج إلى نقب جداره فليس عليه ضمان النقب إذ به يتوصل إلى حقه

---

(١) الوسيط، ٣٤٢/٧

(٢) الوسيط، ٣٤٣/٧

الفرع الثاني لو كان حقه صحاحا فظفر بالمكسور جاز له أن يتملكه ويرضى به ولو كان بالعكس فلا يتملكه ولا يبيعه بالمكسر مع التفاضل لأنه ربا بل يبيع بالدنانير ويشتري به قدر حقه ويخرج جواز أخذه على القولين لأنه إذا احتاج إلى البيع فهو كغير جنس حقه ومنهم من قال هو كجنس حقه ولكن لا بد من البيع للضرورة

الفرع الثالث إذا استحق شخصان كل واحد منهما على صاحبه ما لا يحصل فيه التقاص إلا **بالتراضي** فجحد أحدهما فهل للآخر أن يجحد حقه فعلى وجهين يلتفتان إلى الظفر بغير جنس حقه

هذه هي المقدمة رجعنا إلى الركن الأول وهي الدعوى والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي حده قولان

". (١)

" انفراده بالخيار فتأمله . قوله : (النفي) أي نفي الخيار للعبد ولسيده ومثله البيع الضمني ولا خيار فيه للبائع ولا للمشتري الذي وقع العتق عنه لأن مقصود العاقدين بهذا العقد العتاق وبهذا فارق شراء بعضه . قوله : (لا تسمى بيعا) أي عرفا . قوله : (في المعنى بيع) وهذا هو المعتمد . قوله : (والشفيع) أي في عقد الأخذ بالشفعة في معنى المشتري أي في عقد البيع الأول ، أو المراد بالمشتري من حيث هو ، ويدل لهذا تعليله بقوله له أي للشفيع الرد بالعيب ولا خيار للمشتري في عقد الأخذ . قال شيخنا : لا قبل الأخذ ولا بعده . وهو ظاهر إن لم يكن في مجلس عقد شرائه وإلا فالوجه بقاء الخيار له حتى لو فسخ بطل أخذ الشفيع ، فراجعه ولا خيار في قسمة غير الرد وإن وقعت **بالتراضي** . قوله : (والصداق عقد عوض) فعليه يثبت الخيار لكل من الزوجين . قوله : (ومثله عوض الخلع) لكن عليه يثبت الخيار للزوج فقط لأن البضع حقه . قوله : (فيثبت فيها الخيار قطعا) هو غير معتمد وتفارق السلم بأن شأن الإجارة أن تتلف المنفعة فيها زمن الخيار دونه مع أنها لم تنعقد بلفظ البيع . . قوله : (أو نحوه) منه التقايل بعد القبض فيبطل الخيار في العقد الأول . قوله : (وبقي الحق فيه للآخر) نعم إن كان يعتق عليه سقط خياره أيضا فقول المنهج ولو مشتريا لا حاجة لهذه الغاية إلا أن يقال : هي توطئة لما بعدها للإيضاح . قوله : (ويدل عليه) أي على السقوط المفهوم من سقط . . قوله (قدم الفسخ) وإن تأخر أو كان في البعض فينفسخ في الكل قهرا عليه . وكذا في خيار الشرط والعيب . وسيأتي فعلم أنه يسري فسخه على صاحبه دون إجازته . ولو قال : فسخت أجزت أو عكسه عمل بأول كلامه . قوله : (بالتفرق) منهما أو من أحدهما ولو ناسيا أو جاهلا أو هاربا وإن منع الآخر من لحوقه ، وإن لحقه بقي خيارهما ما لم يتباعدا ومشى أحدهما للآخر لو تبايعا من بعد كالتفرق ، ولو فارق مكرها بحق بطل خيارهما أيضا كأن وقع التبايع في ملك شخص بغير إذنه

---

(١) الوسيط، ٤٠٢/٧

(١) ".

"كالحمل وما حدث بعده فهو للمشتري سواء انفصل أو لا . وإذا اختلط الحادث من نحو الصوف بما كان فهو كاختلاط الثمرة وسيأتي . قوله : (بأن لم تنقص) وكذا لو نقصت وكان جاهلا به واستمر جهله إلى ما بعد الوضع لأنه حينئذ مستند لسبب متقدم وزيادة الحمل لا تمنع الرد فليست كالمرض لأن زيادة المرض مرض ، بخلاف الحمل كما قاله شيخنا الرملي وتقدم ما فيه . قوله : (ولو نقصت) أي الحامل عند البيع من الأمة والبهيمة بالولادة لأن هذا النقص عيب حادث يمنع الرد القهري . قوله : (ولو لم ينفصل الحمل) أي فيما لو اشتراها حاملا كما هو الفرض سواء الأمة والبهيمة ردها كذلك ، أي حاملا لأن ذلك الحمل للبائع حيث ردت بخلاف الحمل الحادث بعد العقد فإنه للمشتري مطلقا وله ردها حاملا قهرا كما مر لكن في البهيمة دونه الأمة لأن الحمل الحادث فيها عيب مطلقا فلا ترد إلا **التراضي** . قوله : (ووطء الثيب لا يمنع ا لرد) ومثلها العوراء نعم إن وقع الوطء بصورة الزنا كأن ظنته أجنبيا امتنع الرد لأنه عيب حادث إن كان بعد القبض ، وقبله لا يمنع لأنه عيب قديم كما مر . قوله : (ولا مهر في الوطء) المذكور سواء وقع قبل القبض أو بعده . قوله : (واقتضاض) أي زوال البكارة من الأمة البكر ولو غير ذكر ، وفي الصحاح اقتض الجارية افترعها واللؤلؤة ثقبها ا هـ . وهو مبتدأ خبره نقص . قوله : (فلا رد له بالعيب) الذي اطلع عليه بعد الاقتضاض فهو غيره كما هو ظاهر كلام الشارح وبه قال ابن عبد الحق وهو واضح ولا نظر لقول شيخنا : إن العيب المراد هنا هو نفس الاقتضاض لأنه استوفى به ما يقابل البكارة فيلزم تفريق الصفقة لو رد . قوله : (وأجاز هو البيع) أي قبل علمه بالعيب القديم . قوله : (بالعيب) الذي هو الاقتضاض على ما مر . قوله : (ولا شيء له في اقتضاض البائع) ومثله الآفة وفعل من لا يضمن وزواج سابق فلا أرش للمشتري بشيء من ذلك لو أجاز العقد وإن ثبت له به الخيار . قوله : (وله) أي للمشتري على الأجنبي . قوله : بذكره أي الأجنبي لا بزنا منها . قوله : (مهر مثلها بكرا) أي بلا إفراد أرش بكارة لضعف الملك ومثله النكاح الفاسد على المعتمد ، وما في قوله المنهج إما ضعيف أو مؤول ، وتقدم في البيع الفاسد وجوب مهر بكر وأرش بكارة وأما في الغصب والديات فالواجب مهر ثيب وأرش بكارة ا هـ . قوله : (وبغير ذكره) ومثله بزنا منها . قوله (ما نقص من قيمتها) أي من غير نسبة

---

(٢) ".

" النفي والإثبات إلا في نحو الوارث . قوله : (فيحلف البائع إلخ) ظاهره أنه لا يكتفى بالتوالي هنا فليراجع . قوله : (إن تراضيا) أو رضي أحدهما بدفع ما ادعاه الآخر ، ويجبر على القبول وليس لهما بعد **التراضي** العود للفسخ . قوله : (أي لكل منهم الفسخ) وإن لم ترض البقية كالكتابة على المعتمد ولكل قبل الفسخ ، لأنه على التراخي أن

---

(١) حاشية قليوبي، ٢٣٧/٢

(٢) حاشية قليوبي، ٢٥٨/٢

يتصرف فيما في يده ولو بالوطء والفسخ ينفذ ظاهرا وباطنا إن فسخه الحاكم أو هما أو الصادق منهما ، وإلا فظاهرا فقط وللآخر إنشاء فسخ بعده . قوله : (ثم بعد الفسخ) أو الانفساخ على القولين . قوله : (على المشتري الرد) ومؤنته عليه . نعم إن قالا أقررنا العقد فلا رد . قوله : (باقيا في ملكه) أي بلا مانع وإلا فله الصبر لزواله وله بعد الفسخ في الآبق أخذ القيمة للحيلولة وفي المرهون والمكاتب كتابة صحيحة أخذ القيمة للفيصولة ، وفي المؤجر أجرة المثل بعد الفسخ ولا ينزعه من المستأجر ولا يطالب بالمسمى . قوله (لزمه قيمته) إن تلف كله ، وكان متقوما ومثله إن كان مثليا وفي تلف بعضه يرد بدل ما تلف مع الثاني بالرضا . قوله : (أوجه) هو الراجح . قوله : (رده مع أرشه) ومع زيادته المتصلة مطلقا والمنفصلة إن حدثت بعد الفسخ وعليه مؤنة رده كما مر . قال السبكي : واغتفر الحكم هنا للظالم لعدم تعينه . قوله : (وهو ما نقص من قيمته) قال شيخنا الرملي : إن لم يكن له مقدار وإلا فبمقدره كيد العبد كما في الجاني والمعتبر في النقص عن قيمة يوم العيب بخلاف ما مر ، في البيع من اعتبار أقل القيم لأن اعتبار القيمة هناك لمعرفة قدر النقص ولسبب مغرومه بخلافه هنا ، واعتمد شيخنا الرملي أن ما هنا كالبيع وفيه نظر واضح فراجعه . قوله : (المشهور وجوب المثل) هو المعتمد . قوله : (واختلاف وارثهما كهما) وكذلك اختلاف موكليهما ووكيليهما ووليهما من أب أو جد أو وصي أو قيم أو حاكم أو سيد الرقيق ، وكذا اختلاف واحد من المذكورين مع واحد منهم ، وينتظم من ذلك صور كثيرة تزيد على

". (١)

" ولعدلين لدفع التخالف بهما كما أشار إليه بقوله ليرجع إلخ فاندفع التكرار باختلاف الغرض . تنبيه : كل ما يجب ذكره في العقد من الأوصاف إذا ذكر في السلم تعين وجوده لالتزامه بالشرط فتأمل . . فصل في الاستبدال عن المسلم فيه وزمانه ومكانه قوله : (عن المسلم فيه) خرج دين ضمانه فيصح الاستبدال عنه فلا يصح ممن ضمن المسلم إليه وكالمسلم فيه كل مثمن كما مر . قوله : (كالتمر البرني عن المعقلي) وكذا ثمر عن رطب ومسقي بماء عن مسقي بمطر وعكس ذلك . قوله : (ويجب قبوله) أي إن لم يكن عليه ضرر في قبوله كفسخ نكاح في زوجته أو عتق في أصله أو فرعه أو من أقر بحريته وكذا حواشيه كأخ أو عم على المعتمد ، لاحتمال رفعه لحنفي يحكم عليه بعتقه ولو قبض شيئا من ذلك جاهلا به صح القبض ولزمه ما ترتب عليه من فسخ أو عتق قاله شيخنا الرملي ، وخالفه ابن حجر وخرج بالأجود الأكثر كخشبة عشرة أذرع عن خشبة تسعة أذرع فيجوز ولا يجب . قوله : (ويجب تسليم إلخ) بمعنى عدم وجوب القبول . قوله : (الزؤان) بضم الزاي المعجمة أوله وبعدها واو مهموزة حب يشبه الحنطة وليس هو الدحريج كما قيل ، والمدر طين مستحجر . قوله : (جاز) أي وجب إن لم يكن لإخراجه مؤنة وإلا فلا . قوله : (لم يجز) أي لم يجب قبوله فيجوز بالتراضي . قوله : (وما أسلم فيه إلخ) فإن خالف لم يصح القبض ودخل في ضمانه ، ولا ينفذ تصرفه فيه ويلزمه بدله إن تلف ومثل ذلك ما لو قبض عدد ما أسلم فيه ذرعا ، وعكسه أو قبض بأحدهما ما أسلم

---

(١) حاشية قليوبي، ٢/٢٩٨

فيه بغيرهما أو قبض بمكيال أو ذراع غير ما عينه ، كأن قبض بقدح ما أسلم فيه بربع أو عكسه فراجعه . قوله : (جافا) أي غير مستحشف . قوله : (والرطب صحيحا) أي غير مشدخ ومثله المذنب بكسر النون وهو بسر طرفه مرطب والمشدخ بضم الميم وفتح الشين المعجمة ، وتشديد الدال المهملة وآخره خاء معجمة بلح أخضر يغمر في نحو خل ليصير رطبا ، ويقال له : بمصر المعمول فإن اختلفا في أنه معمول صدق المسلم كما لو اختلفا في لحم أنه ميتة أو مذكى نعم إن قال المسلم إليه ذبحته بنفسي صدق هو ، والتصديق فيما ذكر باليمين .

". (١)

"كونه بالنقض بحسب ما كان كما أشار بقوله ، كما كان لا من حيث المعاونة فتأمل . قوله : (وشرط له الآخر) أي بعقد بلفظ إجارة أو جعالة وأشار بقوله الآذن في ذلك إلى أنه لم يعاون المعيد إلى ما مر قبله ، أنه لا يصح جعل زيادة معها فتأمل . قوله : (في الحال) أي وعلمت الآلة ووصف الجدار وإلا لم يصح . تنبيه : لكل من الشريكين قسمة الجدار طولا في عرض ، وعكسه **بالتراضي** ولا يجبر الممتنع ولا قرعة لأنها ربما أخرجت لأحدهما ما يضر الآخر . قوله : (في ملكه) وكذا في موقوف فللناظر ومستحق الوقف ما ذكر ، لكن مع تقدير المدة في ذلك ، ولهم الصلح بلا مال وهو عارية ، ولو انتقلت الأرض لآخر باستحقاق أو غيره ثبت للثاني ما كان للأول من رجوع ، ومنع وغيرهما وله خرق بناء منع به الأول إجراء الماء مثلا ، ولا يجوز الصلح في الموقوف ، والمؤجر ونحوه على حفر بئر ونحوها قوله : (على سطحه) وعلى أرضه بالأولى نعم . إن أمكن إلقاؤه من السطح الأول إلى الطريق لم يصح الصلح لأنه لا حاجة إليه . قوله : (في أرضه) لا على سطحه . قوله : (إلى أرض المصالح) لا إلى سطحه . قوله : (إلى أرضه) لا إلى سطحه خلافا للبلقيني ، وشمل الإلقاء الجائز ما كان من ميزاب أو غيره . قوله : (وهذا الصلح إلخ) حاصله أنه في الموقوف والمؤجر لا بد من لفظ الإجارة وتقدير المدة ، وأنه في غيرها يجري فيه ما تقدم في عقد حق البناء فيصح بلفظ البيع ، وبلفظ الإجارة ولو بتقدير مدة وبلفظ العارية ، وبلفظ الصلح وينعقد بيعا فيملك به محله ، وكذا لو وقع بلفظ البيع ، وفارق حق الممر فيما مر بأن العقد هنا متوجه إلى العين ، ولذلك يشترط هنا بيان موضع الإجراء طولا وعرضا وعمقا ومعرفة السطح قوة وضعفا . قوله : (بقدر ماء المطر) ومثله الثلج . قوله : (ولا يجوز الصلح على إجراء ماء الغسالة) هو المعتمد وإن كانت الغسالة من نحو حمام . قوله : (على السطح) ولا على الأرض أيضا . قوله : (على مال) ولا مطلقا ويجوز الصلح على قضاء الحاجة المخصوصة في حش غيره ، وعلى جمع القمامة ولو بلا مال في ملك غيره ، ولو بمال وفي عقده ما مر في حق البناء . فروع : لا يجوز الصلح على إبقاء أغصان شجرة أو عروقها في ملك غيره لأنه هواء كما مر وله إزالتها بالتحويل إن تيسر وإلا فبالقطع ولو بغير إذن مالكها ، وله الانتفاع في ملكه ولو بما يضرها ، وإن أدى إلى تلفها ولا ضمان . نعم إن حرقها

---

(١) حاشية قليوبي، ٣١٨/٢

" (١)

" لمنافاة وجوب ذكر التوقيت لوجوب عدم ذكره وقال السبكي لأنه يقتضي أن يكون للمنفعة منفعة وليس كذلك ولأن ذكر الوقت للإعلام بقدر المنفعة فهي كالكيل في المكيل ، وليس توقيتا للعقد بدليل صحة التحالف بعد فراغ الوقت اه . قوله : (على عين) أي على منفعة متعلقة بعين كما ذكره بعده فمورد الإجارة المنفعة مطلقا وقيل موردها في المعين العين قال الشيخان والخلاف لفظي لأن من قال بالأول لا يقطع النظر عن العين ، ومن قال بالثاني لا يعني به أن العين تملك وأورد بعضهم لذلك الخلاف فوائد منها أن استئجار حلي الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو الكلب للصيد أو بيع الدار المستأجرة صحيح إن قلنا موردها المنفعة ولا يصح إن قلنا موردها العين ورد ذلك العلامة ابن شهبة فراجعه . قوله : (وواردة على الذمة) أي على منفعة متعلقة بالذمة . قوله : (في العقار) أي الكامل أما نصفه فأقل فيجوز أن يكون في الذمة لثبوته فيها سلما وقرضا والسفينة كالعقار وقال الخطيب إنها كالدواب كما قاله البلقيني ولو أذن الأجير المعين لغيره في العمل وعمل فلا أجرة للأول مطلقا ، وعليه للثاني أجرة مثل عمله إن جهل الفساد وإلا فلا شيء له أيضا ، وفارق القراض والمساقاة . بأن العامل فيهما وقع معه عقد وبأن العقد للاستحقاق . قوله : (استأجرتك) ومنه ألزمتك عمل كذا على الأصح من وجهين . قوله : (ويشترط في إجارة الذمة) وإن عقدت بغير لفظ السلم . قوله : (ولا يجوز فيها تأجيل الأجرة) ولا الاستبدال عنها ولا الحوالة بها ولا عليها ولا البراءة منها وإذا وقع شيء من ذلك بطل العقد في الأول وكذا فيما بعده إن تفرقا قبل القبض ، وقيل يبطل وإن لم يتفرقا كما في عقد السلم وقد يفرق بأن في عقده خيارا وما ذكر إجارة فهي كالتفرق ولا كذلك هنا وقياس عقد السلم أنه لو قبض بعض الأجرة صح فيما يقابله ، وهو محتمل فتأمل . قوله : (ذلك) أي التسليم وتجوز الحوالة بها وعليها والإبراء منها إن كانت في الذمة ، ولو في مجلس العقد ولا يتعين مجلس العقد لتسليمها . قوله : (وهو أعم مما قبله) أي من عبارة المصنف والروضة لشموله ما في الذمة مطلقة كانت أو مؤجلة نعم لا تستحق إلا بتسليم العين فإن تنازعا فكما في المبيع . تنبيه : لو آجر الناظر في وقف الترتيب العين الموقوفة مدة طويلة ، وقبض أجرتها فله تسليم جميعها للبطن الأول وإن علم موتهم قبل مضيها وإذا ماتوا لم تنفسخ الإجارة ويرجع من بعدهم على تركتهم ولا ضمان على الناظر ولا على المستأجر كما أفتى به ابن الرفعة واعتمده شيخنا الزيادي والرملي كوالده ، خالفهم الخطيب في المدة الطويلة وهل لمن انتقل إليهم الاستحقاق فسخ الإجارة فراجعه . تنبيه آخر : سيأتي أن ملك الأجرة بالعقد ملك مراعى بمعنى أنه كلما مضى زمن على السلامة تبين أن المؤجر استقر ملكه على ما يقابله إن قبض المستأجر العين أو عرضت عليه وامتنع . قوله : (ويشترط كون الأجرة معلومة) جنسا وقدرا وصفة ويكفي رؤيتها في المعينة والعبرة فيها بنقد البلد وقت العقد وفي أجرة المثل بوقت تلف المنفعة ، نعم يصح الاستئجار للحج بالرزق توسعة فيه وفي الروض أنه ليس إجارة ، وإنما هو نوع من التراضي وجوز

---

(١) حاشية قليوبي، ٢/٣٩٦

". (١)

" قوله : (بالصفة إذا وجدت) وهي في الحجاج ما مر وفي الشمس بطلوعها كلها من الأفق ، وإن كانت مستورة بالغيم ، وقيل يكفي طلوع جزء منها ، وقيل في الحجاج وصولهم إلى محل يمتنع قصر الصلاة فيه ، ويعتبر كل حالف ببلده . قوله : (أطلقتها) خرج ما لو قيل ألك عرس أو زوجة فقال لا أو أنا عازب فهو كناية عند شيخنا ، ولغو عند الخطيب لأنه كذب محض . قوله : (نعم) أو جير أو أجل أو بلى ، أو إي بكسر الهمزة أو طلقت على المعتمد في ذلك . قوله : (فهي زوجته) في الباطن فيدين . قوله : (صدق) وإن لم يعرف له طلاق سابق ، فإن قال كان بائنا وجددت لم يصدق إلا إن عرف له طلاق سابق . قوله : (نعم) ومثلها مرادفها مما مر . تنبيه : ظاهر ما ذكر أن الاعتبار بقصد السائل وإن خالفه قصد الزوج وبه قال شيخنا ، وتوقف فيه العبادي ولي به أسوة ولو جهل حال السؤال حمل على الاستخبار وينبغي اعتبار قصد الزوج فـيه إن وجد وخرج بنحو نعم ما لو أشار وهو ناطق أو قال كان ذلك ، أو بعض ذلك أو الأمر على ما تقول فلغو ولو قيل له هي طالق فقال ثلاثا فإن قصد بناءه على مقدار نظير ما في السؤال ، ونوى الثلاث وقعن وإلا لم يقع شيء ولو قال لزوجته طلقتك يوم كذا ، فظهر أنها كانت فيه بائنا وقع عليه وحمل على أنه غلط في التاريخ ، ولو قال له يلزمك الطلاق ما فعلت كذا فقال نعم فهو صريح بخلاف إن فعلت كذا فزوجتك طالق ، فقال نعم فهو لغو قاله شيخنا الرملي .   فصل في أنواع من تعليق الطلاق   قوله : (رغيف) هو المتعارف بين الناس لا ما يجعل صغيرا للأولياء تبركا بهم ونحو خبز سيدي أحمد البدوي . قوله : (في فتات يدق مدركه) بأن لا يسمى قطعة خبز كما قاله الإمام أيضا ولو كان الفتات لو جمع صار كثيرا اعتبر قاله الخطيب وخالفه شيخنا كوالد شيخنا الرملي ، وبعض الحبة في الرمانة كالفتات ولو علق بأكل الرمانة وعدم أكلها لم يخلص بما ذكر ويحنث في عدم الأكل باليأس . قوله : (وحدها) بحيث لا تماس غيرها ، ولا يشترط الفور في التمييز لأن التعليق بأن في نفي فإن علق بنحو متى اشترطت كما تقدم . قوله : (فلا يخلص من اليمين بما فعلت) قال شيخنا الرملي ثم إن أمكن التمييز عادة وميزت يقع وإلا فتعليق بمستحيل فيحنث حالا . وقال شيخنا يقع حالا مطلقا وفيه نظر في جميع ما يمكن فيه وجود الصفة خصوصا مع التراضي ولو وضع شيئا ونسيه ولم تعلم به فقال لها إن لم تعطنيه فأنت طالق فيحنث بمضي زمن يمكن فيه الإعطاء على المعتمد عندهما . قوله : (ثم برميها) لا حاجة إلى ثم هنا لأن المدار على تأخير الإمساك لأنه لو لم يؤخره حنث بالإمساك زمن غيره بعده . قوله : (مع فراغه) أي بعده على الفور على ما مر . قوله : (بأكل بعض) : أو ببلعه كما في علق وفي عدوله إلى الأكل إشارة إلى أن اشتغالها بالمضغ المعتبر في مسمى الأكل لا يضر بل لو أكلتها

". (٢)

(١) حاشية قليوبي، ٣/٦٩

(٢) حاشية قليوبي، ٣/٣٦٣

" قوله : (جاز) وإن كان فيها تقويم لأن الرجوع لما اتفقوا عليه . قوله : (بعدلين) أو بعلمه كما في الروضة قوله : (ويجعل الإمام رزق منصوبه من بيت المال) وجوبا وحينئذ يجب نصبه ، ولو لم يكف واحد وجبت الزيادة قوله : (كما في المحرر) ولو أبقى كلام المصنف على إطلاقه لكان أولى ليشمل ما لو كان غيره أهم أو منع ظلما ولا يبعد أن المصنف أراد ذلك . قوله : (فأجرته) أي إن استأجروه فالمقصود من ذكره نفي كونها على بيت المال ولو لم توجد إجارة فلا شيء له . قوله : (فإن استأجروه) أي كلهم معا أو مرتبا ولو بأوليائهم ، فإن استأجره بعضهم فعليه وحده وعلى الولي طلب القسمة إن كان فيها مصلحة لموليه ، وللولي بذل الأجرة من مال موليه مع الشركاء وإن لم يكن فيها حظ لموليه . قوله : (على الحصص) أي المأخوذة لا الأصلية في قسمة التعديل . . قوله : (وإن لم يبطل نفعه) فلا يضر نقصه قوله :) بخلاف ما يبطل نفعه) أي بالكلية بحيث لا ينتفع به بوجه فيمنعهم الحاكم وجوبا ، وإذا تنازع الشركاء فيما لا يقسم انتفعوا به مهايأة ولكل الرجوع متى شاء أو أجروه لبعضهم أو لغيرهم ، فإن لم يرضوا بذلك أجبرهم الحاكم على إجارته إن أمكن وإلا فعلى الانتفاع به مهايأة . . قوله : (كحمام) وهو محل الاستحمام لا مع نحو مستوقد ، قوله : (وطاحونة) وهي محل دوران الدواب حول الحجر لا مع نحو دار الدواب . قوله : (فإن أمكن إلخ) هذا مما لا يعظم ضرره ، وإنما قدمه لضرورة المفهوم . . قوله : (دار) أي مثلا قوله : (لآخر) واحد أو أكثر وطلب كل القسمة وخلت الدار عن نحو بناء وشجر وإلا لم يجب أحد للقسمة . قوله : (متعنت) فلو كان بجانب الدار ملك له أو نحو موات أجيب للقسمة ، وتضم حصته بجانب ملكه كما قاله شيخنا الرملي لعدم تعنته حينئذ ، وكذا يقال في الآخر . . قوله : (بالأجزاء) وتسمى قسمة المتشابهات . قوله : (متفقة الأبنية) بأن لا يكون فيها بناء غير سورها ، أو بأن يكون في كل جانب منها مثل ما في الآخر من الأبنية وكذا من غيرها . قوله : (وأرض مشتبهة الأجزاء) أي متساوية في القوة والضعف وليس فيها نحو زرع ، فتقسم وحدها ولو إجبارا فإن كان فيها زرع لم تصح قسمته وحده ولا قسمتهما معا . نعم إن كان قصيلا لم يبد صلاحه جازت قسمتهما معا **بالتراضي** وتجوز قسمة الكتان بعد نفض

".(١)

" الشركة ومنه نحو دكاكين صغار متلاصقة ، وإن اختلفت قيمتها ومنه منفعة أرض استحقها جماعة ، ولم يرضوا بالمهايأة ومنه شجر في أرض مملوك دون أرضه ، وليس لهم منفعة الأرض وإلا فلا إجبار . فرع : يصح قسمة المنافع المملوكة ولو بوصية مهايأة ولو مسانهة ولا إجبار فيها ولا تصح بغير المهايأة ، فإن اتفقوا عليها وتنازعوا في البداءة أقرع بينهم ولكل منهم الرجوع متى شاء ، ومن استوفى زائدا على حقه لزمه أجرة ما زاد على قدر حصته من الرأس ، وإن امتنعوا من المهايأة أجر الحاكم العين وقسم الأجرة بينهم ولا تصح قسمة الديون في الذمم ، ولو **بالتراضي** وكل من أخذ منها شيئا لا يختص به ، كذا قالوا هنا فانظره مع قولهم إن محل عدم الاختصاص في ثلاث مسائل ، فيما يأخذه أحد الورثة من الدين الموروث ، وفيما يأخذه أحد سيدي المكاتب من نجوم الكتابة وفيما يأخذه أحد الموقوف عليهم من

(١) حاشية قليوبي، ٣١٦/٤

ريع الوقف عليهم فراجع وحر ر . ولا تصح قسمة وقف بين أربابه . نعم إن كان على سبيلين جاز . قوله : (لا يمكن قسمته) أي وليس في الجانب الآخر ما يعادله . قوله : (وهو بيع) فتثبت فيه أحكامه من شفعة وخيار وغيرهما . قوله : (وفيما سواه إلخ) أي ففيه طرق وفي ذلك اعتراض على المصنف بعدم ذكر الخلاف في القسمين . قوله : (بيع) أي في غير ما دخله الإجبار منها كما مر ، قوله : (ولا يشترط فيها) أي في القسمة بأنواعها لفظ البيع . . قوله : (الرضا) أي باللفظ كما يأتي . قوله : (بعد خروج القرعة) ولا يعتبر له مجلس ولو تراضوا بلا قرعة كأن رضي واحد بأحد جانبين ، وواحد بجانب آخر أو رضي واحد بأخذ النفيس والآخر بالخسيس أو نحو ذلك لم يحتج إلى رضا أصلا . قوله : (مما هو محله) وهو قسمة التعديل والإفراز قوله : (أصرح إلخ) أي لإيهامه اجتماع التراضي والإجبار وهو فاسد وهو أصرح من عبارة الروضة المذكورة أيضا . قول ه : (قسمة الإجبار) أي القسمة التي وقعت بالإجبار بالفعل . قوله : (وإذا تراضيا) أي بالقسمة بقاسم يقسم بينهما فما هو محل الإجبار . قوله : (أظهرهما الاشتراط) أي اشتراط الرضا باللفظ بعد القرعة وهو المعتمد وفيه اعتراض على المصنف في تعبيره بالأصح . تنبيه : حيث قلنا القسمة بيع اشترط فيها شروط البيع كالقبض في المجلس للربوي ، وامتناع قسمة الرطب منها بفتح الراء وغير ذلك

"(١).

"(قوله أي مبددة إلخ) أي متفرقة متعلقة بالباب والفطن يرد كل مسألة منها إلى ما يناسبه مما تقدم وإنما جمعها في موضع واحد لأنه لو فرقها لاحتاج إلى أن يقول في أول كل منها قلت وفي آخرها والله أعلم فيؤدي إلى التطويل المنافي لغرضه من الاختصار نهاية ومغني زاد سم فإن قلت فهلا فعل كذلك في بقية الأبواب قلت لقلة الزيادات فيها بالنسبة لهذه ا هـ .

(قوله ندبا) إلى قوله قال الزركشي في النهاية والمغني إلا قوله وإن قال إلى فإن لم يكن وقوله بل صرح به كثير منهم وما أنبه عليه (قوله عقب موته) أي قبل الاشتغال بغسله وغيره من أموره نهاية ومغني (قوله لفك نفسه) أي روحه نهاية (قوله وإن قال جمع إلخ) أي لأن ما قالوه ليس قطعيا فالاحتياط المبادرة مطلقا سم عبارة ع ش أفاد بهذه الغاية أنه لا فرق في حبس روحه بين من لم يخلف وفاء وغيره وبين من عصى بالاستدانة وغيره ا هـ .

(قوله عن حبسه ا بدينها إلخ) ومن ذلك ما أخذ بالعقود الفاسدة كالمعاطاة حيث لم يوف العاقد بدل المقبوض كأن اشترى شراء فاسدا وقبض المبيع وتلف في يده ولم يوف بدله أما ما قبض بالمعاملة الفاسدة وقبل كل من العاقدين ما وقع العقد عليه ففي الدنيا يجب على كل أن يرد ما قبضه إن كان باقيا وبدله إن كان تالفا ولا مطالبة لأحد منهما في

(١) حاشية قليوبي، ٤/٣١٨

الآخرة لحصول القبض **بالتراضي** نعم على كل منهما ثم الإقدام على العقد الفاسد ع ش (قوله محله) أي الحبس بالدين كردي (قوله فإن لم يكن إلخ)." (١)

"محترز قوله إن أمكن عبارة النهاية والمغني فإن لم يتيسر حالا سأل وليه غرماءه أن يحللوه ويحتالوا به عليه نص عليه الشافعي إلخ (قوله فتبرأ ذمته إلخ) هل للولي حينئذ التوفية من غير حصته من التركة أو لا لأن المال لزمه بطريق التبرع فليس له الرجوع على التركة ولا التوفية من غير حصته منها فيه نظر سم ويأتي عن البصري استظهار الثاني ويؤيده قول الشارح الآتي فيلزمه وفاؤه من ماله وإن تلفت التركة ويؤيد الأول البحث الآتي وجواب النزاع فيه .

(قوله بل صرح به إلخ) لأحسن لهذا الإضراب (قوله وذلك) أي البراءة بذلك نهاية ومغني (قوله قاله) أي قوله وحينئذ فتبرأ ذمته إلخ (قوله قال الزركشي إلخ) أقره ع ش (قوله إن الأجنبي إلخ) مقول الزركشي وغيره بصري (قوله أسقط حقك إلخ)كذا في أصله رحمه الله تعالى بصيغة الأمر في الإسقاط والماضي في الإبراء وكان الأنسب جريانهما على منوال واحد ويمكن أن يقرأ أبرنه على صورة الأمر المؤكد بالنون فيناسب أسقط بصري أقول ورسم النسخة المصححة على أصل الشارح مرارا ظاهر في أنه بصيغة الأمر من غير تأكيد (قوله استدعاء مال) أي التزامه (قوله وقولهم) أي الجمع (قوله بمجرد ذلك) أي **التراضي** (قوله وبحث بعضهم إلخ) يظهر أن محل ما ذكر بتسليمه فيما إذا انحصرت التركة في الملتزم وإلا فيتعلق بنصيبه دون نصيب من عداه من الورثة ولا يتعلق بها بالكلية حيث كان أجنبيا وقلنا أنه كالولي فيما." (٢)

"شيء .

ا هـ ع ش .

(قوله : فلا يرد) أي البيع الضمني على المصنف لقوله وكذا في البيع الضمني إلخ فلا إيراد ولا استثناء كما فعل بعضهم

.

ا هـ ع ش قول المتن (الإيجاب) من أوجب بمعنى أوقع ا هـ ع ش (قوله : ولو هزلا) هل الاستهزاء كالهزل فيه نظر ويتجه الفرق ؛ لأن في الهزل قصد اللفظ لمعناه غير أنه ليس راضيا وليس في الاستهزاء قصد اللفظ لمعناه ويؤيده أن الاستهزاء يمنع الاعتداد بالإقرار سم على حج ا هـ ع ش (قوله : وهو) أي الإيجاب (صريحا) أي حال كونه صريحا ا هـ ع ش (قوله : ما دل على التمليك) أي بعوض نهاية ومغني قال ع ش قوله : م ر بعوض لم يذكره حج ولعله ؛ لأن ذكر العوض شرط للاعتداد بالصيغة لا لصراحتها ، وقوله : بعتك دال على التمليك دلالة ظاهرة ا هـ .

(قوله : مما اشتهر) أي مأخذ الصراحة ا هـ ع ش (قوله : لقوله تعالى إلخ) علة لاشتراط الإيجاب بل الصيغة ، ووجه الدلالة فيه أنه اقتصر فيها على مجرد **التراضي** والمراد ما يدل عليه فيشمل الهزل وغيره .

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٦/١١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٧/١١

ا هـ ع ش (قوله : فأنيط بظاهر إلخ) يظهر أن أولى ما يوجه به اعتبار الصيغة أن دلالة الألفاظ منضبطة ؛ لأن لها قوانين مدونة بخلاف دلالة غيرها ا هـ بصري (قوله : فلا ينعقد بالمعاطاة إلخ) إذ الفعل لا يدل بوضعه فالمقبوض بها كالمقبوض ببيع فاسد فيطالب كل صاحبه بما دفع إليه إن بقي وببدله إن تلف ، وقال الغزالي للبائع أن يتملك الثمن الذي قبضه إن ساوى قيمة ما دفعه ؛ لأنه مستحق ظفر بمثل حقه والمالك راض .

ا هـ مغني وفي." (١)

"(قوله : تملكه إلخ) فاعل جاز والضمير لحق المرور (قوله : إذ لا تملك إلخ) علة لقوله إنه محض منفعة والضمير المجرور لتملك حق الممر (وقوله : للحاجة إلخ) علة لقوله وجاز إلخ (قوله : ولذا إلخ) أي للحاجة إليه إلخ (قوله : أيضا) أي كلفظ البيع (قوله : ولا يصح) إلى قوله ، وإذا بيع عقار في المغني إلا قوله أو أرض ، وقوله ويفرق إلى وفارق ، وإلى المتن في النهاية إلا ما ذكر (قوله : بيع بيت) أي مسكن نهاية ومغني (قوله : بأن احتف من جميع الجوانب بملك البائع) أي ولم يتأت المرور إليه من ذلك الملك كما نبه عليه سم فيما يأتي وينبغي أن يقيد بذلك قوله الآتي أو بملك المشتري إلخ حتى يظهر التعليل بقوله لعدم الانتفاع به حالا (قوله : أو كان له ممر إلخ) كذا في أصله رحمه الله ، وقد يقال اللائق تأخيره عن قوله أو بملك المشتري فليتأمل .

ا هـ .

بصري ، وقد يقال نفي البائع الممر إنما يؤثر فيما إذا كان في ملكه فقط دون ملك غيره كما هو ظاهر والتأخير يوهم خلاف ذلك .

(قوله : وإن أمكن إلخ) غاية لقوله ولا يصح إلخ عبارة النهاية والمغني سواء أتمكن المشتري من اتخاذ ممر له من شارع أو ملكه أم لا كما قاله الأكثرون ، وإن شرط البغوي عدم تمكنه من ذلك .

ا هـ .

قال ع ش وطريقه في هذه أخذا مما يأتي فيمن أراد شراء ذراع من ثوب نفيس أن يحدث الممر هنا في ملك مريد الشراء أو في شارع بالتراضي منهما ثم يشتري منه بعد ذلك .

ا هـ .

(قوله : وبين ما مر في الجحش الصغير." (٢)

"العقد لأن كمون اللبن حينئذ في معدنه الأصلي ككمون الشيرج في السمسم في بيع سمسم بمثله ثم رأيت قول المغني والنهاية الآتي آخر الباب في بيع لبن شاة بشاة فيها لبن ا هـ سيد عمر أقول وكذا تعليلهما الآتي ذكره آنفا يفيد ما ترجاه (قوله : لأنه يقصد منها إلخ) عبارة النهاية والمغني لأن الشرع جعل اللبن في الضرع كهو في الإناء بخلاف المعدن لأن ذات اللبن المقصود منها اللبن والأرض ليس المقصود منها المعدن ا هـ قال ع ش قوله : م ر المقصود منها

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٢٢/١٦

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣١٩/١٦

إلخ أي فأثر سواء علماه أو جهلاه ا هـ (قوله : وإنما لم تجر في بيع فرس إلخ) عموم كلام الشارح م ر أي والمغني يخالفه ا هـ ع ش (قوله : أي جنس المبيع) إلى قول المتن كصحاح في النهاية إلا قوله وقدر إلى المتن وقوله : بشرط إلى أم صفة وكذا في المغني إلا قوله فإن كان الثمن إلى المتن (قوله : أي جنس المبيع) أي المعقود عليه (قوله : وقدر) لعله م حرف عن قيد بالياء والدال ، قول المتن (كمد عجوة) قال الجوهري هو تمر من أجود تمر المدينة قال الأزهري والصيحاني منه سم على المنهج ا هـ ع ش (قوله : عجوة) بعد قول المتن بمد يقرأ بالنصب إبقاء لتنوين المتن ا هـ رشيدي (قوله : وما يقابله إلخ) يعني ماء عين **بالتراضي** منهما باعتبار القيمة بعد العقد ا هـ ع ش (قوله : وبقولنا إلخ) متعلق باندفع (وقوله : بالتنكير) أي لربوي ا هـ كردي (قوله : من بيع ذهب إلخ) أي من صحة هذا البيع (قوله : فإنه إلخ) توجيه للاندفاع المذكور .." (١)

"من أن القصد بثبوت الخيار هنا مجرد التشهي اندفع ما قيل كيف يثبت مع أن المماثلة شرط فلا أفضل حتى يختاره على أن هذا غفلة عما مر فيها المعلوم منه أنها لا تمنع أن أحدهما أفضل (والسلم والتولية والتشريك) ولا يرد بيع القن من نفسه فإنه لا خيار فيه للقن وكذا لسيده على الأوجه لتصريحهم بأن هذا عقد عتاقة لا بيع ومثله البيع الضمني وكقسمة الرد بخلاف غيرها ولو **بالتراضي** لأن الممتنع منه يجبر عليه (وصلح المعاوضة) بخلاف صلح الحطيطة فإنه في الدين إبراء وفي العين هبة نعم صلح المعاوضة على المنفعة إجارة ولا يرد لأنه سيصرح بعدم الخيار فيها وعلى دم العمد معاوضة ولا يرد أيضا لأنه معاوضة غير محضة وقد علم من سياقه أنه لا خيار فيها ". (٢)

"اختلفا جودة ورداءة ا هـ ع ش (قوله : على الأوجه) وفاقا للنهاية والمغني (قوله : ومثله) أي بيع العبد من نفسه ومثله الحوالة فلا خيار فيها وإن قلنا هي بيع لأنها رخصة فلا يناسبها ثبوت الخيار ا هـ منهج بالمعنى وعبارة المحلي ولا خيار في الحوالة على الأصح ا هـ ع ش وعبارة المغني منها أي من الصور المستثنيات التي لا خيار فيها الحوالة فإنها وإن جعلت معاوضة ليست على قواعد المعاوضات وربما يقال إن كلام المصنف في بيع الأعيان فلا تستثنى هذه الصورة لأنها بيع دين بدين ا هـ .

(قوله : وكقسمة الرد) عطف على قول المتن كالصرف (قوله : بخلاف غيرها) أي قسمتي الإفراز والتعديل سواء جريا بإجبار أم بتراض إذا قلنا إنها في حالة **التراضي** بيع ا هـ مغني (قوله : لأن الممتنع منه يجبر عليه) أي والإجبار ينافي الخيار ا هـ سم عبارة ع ش يعني أنه لو امتنع أحد الشريكين من القسمة أجبر عليها في ا لإفراز والتعديل فلا ينافي امتناع الخيار فيما لو وقعت **بالتراضي** ا هـ .

قول المتن (وصلح المعاوضة) كأن يصالحه على دار بعبد ا هـ ع ش (قوله : بخلاف صلح الحطيطة) هي الصلح

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧/٢٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧/٢٣٠

من الشيء على بعضه دينا كان أو عينا ا هـ ع ش (قوله : فيها) أي الإجارة (قوله : وعلى دم العمد إلخ) عطف على قوله على المنفعة وخرج الصلح عن دم الخطإ وشبه العمد فيثبت فيه الخيار وصورة الصلح عليه أن يدعي زيد على عمرو دارا مثلا والحال أن عمرا استحق على زيد دية قتل الخطإ أو شبه العمد لكونه أي زيد قتل مورث عمرو." (١)

"قول المتن (ولو تلف الثمن) أي المقبوض ا هـ مغني (قوله : حسا) إلى قوله أو أجنبي في النهاية (قوله : أو شرعا) كأن أعتقه أو كاتبه أو وقفه أو استولد الأمة أو خرج عن ملكه إلى غيره ا هـ مغني (قوله : نظير ما مر) أي في هلاك المبيع ا هـ كردي (قوله : واطلع) أي المشتري (وقوله : به) أي بالبيع .

قول المتن (رده) أي المشتري المبيع ولو صالحه البائع بالأرش أو غيره عن الرد لم يصح ؛ لأنه خيار فسخ فأشبه خيار التروي في كونه غير متقوم ولم يسقط الرد لأنه إنما سقط بعوض ولم يسلم إلا إن علم بطلان المصالحة فيسقط الرد لتقصيره وليس لمن له الرد إمساك المبيع وطلب الأرش ولا للبائع منعه من الرد ودفع الأرش ا هـ مغني (قوله : لأن ذلك) أي مثل الثمن أو قيمته (بدله) أي الثمن التالف المثلي أو المتقوم (قوله : ومر اعتبار الأقل) أي فيقال بمثله هنا ا هـ ع ش (قوله : فيما بين وقت ال ع قد إلخ) الأولى كما في المغني والأسنى من وقت البيع ثم هذا صادق بما إذا كان الثمن المتقوم في الذمة عند العقد ثم عينه وأقبضه وفي سم بعد كلام عن شرح الروض ما نصه وقضية هذا أنه لو كان الثمن متقوما في الذمة عند العقد ثم عينه وأقبضه ثم تلف رد قيمته أقل ما كانت من العقد إلى القبض ا هـ .

(قوله : أما لو بقي) أي الثمن كلا أو بعضا بقرينة قوله الآتي ببعضه أو كله (وقوله : فله) أي للمشتري (الرجوع في عينه) أي وله العدول **بالتراضي** إلى بدله على ما يفيده التعبير." (٢)

"أرش الحادث لأنه لما نقص عنده فلا يؤدي لمفاضلة بين العوضين بخلاف إمساكه مع أرش القديم ومر ما لو تعذر رده لتلفه ومتى زال القديم قبل أخذ أرشه لم يأخذه أو بعد أخذه رده أو الحادث بعد أخذ أرش القديم أو القضاء به امتنع فسخه بخلاف مجرد **التراضي** (وإلا) يتفقا على واحد من ذينك بأن طلب أحدهما الرد مع أرش الحادث والآخر الإمساك مع أرش القديم (فالأصح إجابة من طلب الإمساك) والرجوع بأرش القديم سواء البائع والمشتري لما فيه من تقرير العقد ، نعم لو صبغ الثوب بما زاد في قيمته ثم اطلع على عيبه فطلب أرش العيب وقال البائع بل رده وأغرم لك قيمة الصبغ إن لم يمكن فصله جميعه أجيب البائع وإن كان الصبغ وإن زادت به القيمة من العيوب كما صرح به القفال ووجهه السبكي بأن المشتري هنا إذا أخذ الثمن وقيمة الصبغ لم يغرم شيئا وثم لو ألزمناه الرد وأرش الحادث غرمناه لا في مقابلة شيء وبه رد قول ال إ سنوي هذا مشكل خارج عن القواعد وحيث أوجبنا أرش الحادث لا ننسبه إلى الثمن بل نرد ما بين قيمة المبيع معيبا بالعيب القديم وقيمته معيبا به وبالحادث بخلاف أرش القديم فإنا ننسبه إلى الثمن كما

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧/٢٤٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧/٣٨٤

مر

". (١)

"القاعدة أي وهي أن كل عيب يثبت به الخيار فحدوثه عند المشتري يسقطه وما لا فلا قال لأن تحريم المبيعة على المشتري لا يثبت له الخيار ا هـ .

(قوله : وانقضى) وإن بقي رد كما يأتي في قوله أما إذا كان الخيار للمشتري إلخ (قوله : لم يرد به قهرا) تقدم عند قوله ولا مشتر زكويا ما يدل على أن له الرد بعد أداء الزكاة (قوله : لا لسقط لفساده) من المعلوم أنه لا يكون تمييز السقط لأنه فعل والفعل لا يميز باسم منصوب والذي ينبغي أن يبنى امتناع تعلقه بسقط على أنه مفعول مطلق أي سقوطا قهرا أي ذا قهر أو قهر بالقوة ، احتمال العبارة لهذا بل تبادره منها وكأن وجه الامتناع اقتضاؤه أن الساقط الرد مطلقا ولو **بالتراضي** فليتأمل (قوله : ومن ثم لو زال الحادث رد) ظاهره سواء علم بالقديم قبل زوال الحادث أو لم يعلم به إلا بعد زواله وفي شرح الروض هنا مقتضى قوله سقط الرد قهرا أن لا سبيل لعوده حتى لو لم يعلم بالقديم حتى زال الحادث لا يرد والأصح خلافه ولو علم به قبل زوال الحادث ثم زال فظاهر كلامهم استمرار امتناع الرد فيه نظر ا هـ والنظر هو الوجه بل لنا منع أن الامتناع ظاهر كلامهم بل فيه ما يدل على ما يوافق النظر ثم رأيت شرح العباب نازع بذلك وعبارة بعضهم قال الأذرعي ولو علم العيب القديم قبل زوال الحادث ثم زال ظاهر إطلاقهم استمرار امتناع الرد وفيه احتمال ظاهر ا هـ وهذا الاحتمال أوجه بل لنا منع أن ظاهر كلامهم ما ذكره ثم رأيت الشارح." (٢)

"بعد الإقالة (قول المصنف فإن اتفقا على أحدهما فذاك) قال في شرح الروض فإن قلت تقدم أن أخذ أرش القديم **بالتراضي** ممتنع قلنا عند إمكان الرد يتخيل أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وهي لا تقابل بخلافه عند عدم إمكانه فإن المقابلة تكون عما فات من وصف السلامة في المبيع (قوله : فعل الأحظ) انظر لو كانا وليين أو وكيلين واختلف الأحظ .

(قوله : يتعين فيه الفسخ إلخ) أي أو الرضا به بلا طلب أرش القديم كما هو ظاهر قال في الروض ولو علم به أي بالعيب بعد تلف الحلي أي المبيع بجنسه فسخ واسترد الثمن وغرم القيمة ا هـ .

قوله : فسخ قال في شرحه بخلاف نظيره في غير الربوي لأنه هنا لا يمكن أخذ الأرش عن القديم ولا سبيل إلى إسقاط حقه بفسخ ا هـ وقوله : القيمة حكى في شرحه استشكال ذلك بأن الحلي مثلي وجواب الزركشي بأن العيب قد يخرجه عن كونه مثليا وحكى فيه أيضا أن ابن يونس قال ومحل ما ذكر إذا كان العيب بغير غش وإلا فقد بان فساد البيع لاشتماله على ربا الفضل ا هـ فهلا قال أو على قاعدة مد عجوة إن كان للغش قيمة (ومر ما لو تعذر رده إلخ) أي في شرح ولو هلك المبيع إلخ (قوله : أو بعد أخذه رده) ظاهره ولو طال الزمان جدا (قوله : إجابة من طلب الإمساك)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٢٤/١٧

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٢٦/١٧

ظاهره وإن كان الآخر متصرفا عن غيره بنحو ولاية وكانت المصلحة في الرد فليراجع (قوله : بما زاد في قيمته) لم يتأت قوله الآتي لم يغرم شيئا (قوله : إن لم يمكن فصله) أي بغير نقص في الثوب فإن." (١)

"المبيع إلخ ا هـ سم وهو أنه يفسخ العقد ويرد بدل التالف ويسترد الثمن ا هـ ع ش (قوله : لتلفه) أي المبيع حسا أو شرعا (قوله : رده) ظاهره وإن طالت المدة جدا سم على حج وظاهره وإن كان زواله بفعل المشتري كإزالته بنحو دواء و لا شيء له في مقابلة الدواء ا هـ ع ش (قوله : بخلاف مجرد **التراضي**) أي على أخذ المشتري أرش القديم ولم يأخذه ولم يقض القاضي به للمشتري فله الفسخ مغني و ع ش قول المتن (فالأصح إجابة من طلب الإمساك) ظاهره وإن كان الآخر متصرفا عن غيره بنحو ولاية وكانت المصلحة في الرد فليراجع سم على حج وينبغي أن يقال إن كانت المصلحة في الرد وطلب الولي الإمساك لم يجز لما مر أن الولي إنما يتصرف بالمصلحة وإن طلبه غير الولي كالبائع لولي الطفل أجيب لأن البائع لا تلزمه رعاية مصلحة الطفل ووليه الآن غير متمكن من الرد ا هـ ع ش .

(قوله : نعم لو صبغ إلخ) أي والصورة أنه ليس هناك عيب حادث وإن أوهمه الاستدراك بنعم ا هـ رشيدي (قوله : لو صبغ إلخ) أي المشتري وينبغي أن مثل الصبغ غيره من كل ما تزيد به القيمة ا هـ ع ش (قوله : بما زاد في قيمته) فإن نقص قيمته لم يتأت قوله الآتي لم يغرم شيئا ا هـ سم (قوله : فطلب إلخ) أي المشتري أرش العيب القديم (قوله : بل رده) بصيغة الأمر (قوله : وأغرم لك قيمة الصبغ إلخ) محله كما في أصل الروضة حيث لم يكن تافها وإلا فليس للمشتري مطالبته بقيمته لتفاهته ا هـ سيد عمر (قوله : إن لم يمكن فصله جميعه)." (٢)

"(قوله : أو اختيارا فينافي قوله رده المشتري وقوله : فذاك) فيه أمور الأول أن معنى اختيارا برضا البائع لأنه مقابل قوله قهرا ، الثاني أن وجه قوله فينافي أن هذين القولين أفادا الرد برضا البائع ، الثالث قد يشكل حينئذ دعوى المنافاة لأن الرد برضا البائع المستفاد في هذين القولين مفروض فيما إذا لم يؤخر إعلامه بلا عذر ونفي الرد هنا مفروض فيما إذا أخره بلا عذر فلم يوجد شرط المنافاة لاختلاف محل الإثبات ومحل النفي فكان الوجه أن يقول أو اختيارا لم يتجه إذ لا مانع من الرد بالرضا بدليل جواز التقايل ثم يجيب فليتأمل .

(قوله : من غير أرش) قد يستشكل امتناع أخذ الأرش برضا البائع ولا إشكال لأنه أخذ بغير حق لأنه أخذه عن العيب مع سقوط حقه منه وقد تقدم عن شرح الروض امتناع الأخذ **بالتراضي** (قوله : بخلافها فيما نحن فيه) كأن مراده منع أن يكون ما نحن فيه مع الأرش إقالة." (٣)

"إلخ) خلاصة الجواب أن المنفي الرد مع الأرش فلا ينافي أنهما لو تراضيا على الرد من غير أرش جاز .

(قوله : فلا رد له به) أي بالقديم (قوله : بعد ثم) أي لفظة ثم (قوله : التي من جملتها إلخ) نعت للكيفية (قوله :

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧/٤٢٨

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٧/٤٣٦

(٣) تحفة المحءتاج في شرح المنهاج، ١٧/٤٤٠

أخذ الأرش) أي أخذ المشتري أرش القديم المذكور بقول المتن : أو يغرم البائع أرش القديم إلخ (قوله : هذا) أي قوله : فلا رد إلخ (قوله : من غير أرش) قد يستشكل امتناع أخذ الأرش برضا البائع ولا إشكال لأنه أخذ بغير حق لأنه أخذه عن العيب مع سقوط حقه منه وقد تقدم عن شرح الروض امتناع الأخذ **بالتراضي** ا هـ سم (قوله : لإمكانها) أي الإقالة هنا يعني فيما إذا تراضيا على الرد من غير أرش (بخلافها فيما نحن فيه) يعني من الرد بالأرش ا هـ بصري عبارة سم كان مراده منع أن يكون ما نحن فيه مع الأرش إقالة ا هـ .

(قوله : لأنها) أي الإقالة ا هـ بصري عبارة الكردي قوله : لإمكانها متعلق بفلا ينافي والضمير يرجع إلى الإقالة وهنا إشارة إلى جواز الرد **بالتراضي** وقوله : فيما نحن فيه أراد به قوله فلا رد له به وقوله : هنا بخلافه إشارة إلى قوله فيما نحن فيه ا هـ .

(قوله : وهنا بخلافه) أي لزيادة الأرش على المعقود عليه الأول (قوله : مورد العقد) أي الأول." (١)

"الممتنع بل وفي ولد غيرها للزوم التفريق قبل الاستغناء عن اللبن بغير الذبح إلا أن يجاب باغتفار ذلك هنا لكون ملك المشتري لذلك قهريا لا اختياريا وبأن الملك والرد حصل قبل الانفصال ولا تفريق حسي حينئذ ولا يضر حصوله بعد للضرورة وفي الروض وشرحه ما حاصله أن الحمل الحادث بعد العقد وقبل القبض للمشتري ثم إن انفصل امتنع التفريق وتعين الأرش على الأصح وإن لم ينفصل جاز بخلاف الحادث بعد القبض فحدوثه حينئذ يمنع الرد قهرا في الأمة مطلقا وفي غيرها إن نقصت أي وأما **بالتراضي** فيجوز أي ما لم ينفصل حمل الأمة وإلا امتنع التفريق أخذا مما تقدم ا هـ سم (قوله : بخلاف نظيره في الفلس) أي فيما لو اشترى عينا ثم حجر عليه قبل دفع ثمنها وقد حملت في يده فإذا رجع البائع فيها تبعها الحمل ا هـ ع ش (قوله : قال الماوردي إلخ) ولا يحرم التفريق بعد الوضع الحاصل عند البائع بعد الرد لأنه لم يحصل بالرد وإنما هو طارئ عليه وهذا كالصريح في أنه له ذلك أي حبس الأم بعد الفسخ ومعلوم أن مؤنتها على البائع ا هـ ع ش (قوله : وللمشتري حبس الأم حتى تضعه) والمؤنة على البائع وإذا لم يحبسها وولدت وجب على البائع رده إليه ولو في ولد الأمة قبل التمييز لاختلاف المالكين فإن لم يقع الرد قبل الولادة امتنع وله الأرش عبارة الحلبي قوله : يأخذ إذا انفصل أي ولو قبل الاستغناء عنها وليس هذا من التفريق المحرم لأن الفرض أن الفسخ وقع قبل الوضع ففي وقت أخذ." (٢)

"(قوله : بعد بدو الصلاح) أي : وأما قبله فقد مر أنه لا يصح إلا بشرط القطع مطلقا (قوله : يندر اختلاطه) أي : الغالب فيه عدم الاختلاط قول المتن (يغلب تلاحقه) أي : يقينا أخذا من قوله قبل ، أو يجهل إلخ ا هـ ع ش ، وفي هذا الأخذ نظر ظاهر بل المأخوذ منه الظن لا اليقين (قوله : كتين وقثاء وبطيخ) هذه أمثلة للثمرة ومثاله للزرع بيع البرسيم ونحوه فلا يصح إلا بشرط القطع ؛ لأنه مما يغلب فيه التلاحق بزيادة طوله واشتباه المبيع بغيره وطريق شرائه

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٤٢/١٧

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٧٧/١٧

للرعي أن يشتري بشرط القلع ثم يستأجر الأرض مدة يتأتى فيها رعيه ، وفي هذه تكون الربة للمشتري أما إن اشتراه بشرط القطع وأخر **بالتراضي** أو دونه فالزيادة للبائع حتى السنابل فإن بلغ البرسيم إلى حالة لا يغلب فيها زيادة واختلاط صح بيعه مطلقا وبشرط القطع والإبقاء حتى يستوفيه بالرعي ، أو نحوه ا هـ ع ش قول المتن (لم يصح) أي : لانتفاء القدرة على التسليم نهاية وشرح المنهج .

(قوله : عند خوف إلخ) متعلق بالقطع (قوله : فإن لم يتفق قطع) أي : قطع ما يغلب تلاحقه ، أو اختلاطه **بالتراضي** أو دونه (قوله : فكما في قوله إلخ) أي : فحكمه كالحكم المذكور في قوله إلخ قول المتن (ولو حصل الاختلاط) أي : قبل التخلية ، أو بعدها لكن يتخير المشتري قبل التخلية كما يتخير بالإباق قبلها لا بعدها لانتهاء الأمر بها ا هـ إيعاب (قوله بالطريق الآتي) أي : آنفا في السوادة (قوله : في بعض كتبه) وهو شرح الوسيط ا هـ سيد." (١)

"بالإيجاب بأن لا يتخلل بينهما كلام أجنبي وسكوت طويل على ما مر ا هـ ع ش .

(قوله بأن تمكين كل) أي : هنا ع ش (قوله : من الفسخ) متعلق بالتمكين (قوله : كتراضيهما) زاد النهاية أي : بلفظ الإقالة ا هـ قال الرشيدي قوله : أي بلفظ الإقالة أشار به إلى رد ما ذهب إليه الشهاب ابن حجر تبعا لما نقله الشيخان في بعض المواضع من أن لهما **التراضي** على الفسخ من غير سبب ا هـ .

(قوله : وقد مر أنه) أي : تراضيهما بالفسخ من غير سبب (قوله : لم ينفذ إلخ) هذا ظاهر النهاية والمغني كما مر (قوله إصرارهما) مفعول الاشتراط وقوله : (على تنازعهما) متعلق بالإصرار قوله : (ويؤيده) أي : النفوذ ، وكذا قوله : وهو متجه ، وقوله : (وعليه) ، وقوله : لا ينافي هذا (قوله ولكل الابتداء به) وفاقا للنهاية (قوله : وكأنه أخذ نزاعه إلخ) إن كان النزاع في الندب اتجه أن يكون مأخذه ما مر لما مر أن ا لخلاف ثم في الندب ا هـ سيد عمر (قوله : ويفرق) أي : بين الابتداء بالحلف والابتداء بالفسخ (قوله : فاختلف الغرض إلخ) محل تأمل (قوله : فسخه) أي الحاكم (قوله : فالحصر) أي : بإنما وقوله : (فيه) أي : الحصر خبر مقدم لقوله تجوز (قوله وكأنهم اقتصروا في الكتابة إلخ) لكن صريح كلام الشارح م ر في باب الكتابة أنها كغيرها من أن الفاسخ الحاكم ، أو هما أو أحدهما ع ش وحلبي." (٢)

"(قول المصنف المنفصلة) في الروض وشرحه وما يحدث من سعف وإن لم يجف ومن ليف وكرب بفتح الكاف والراء وهو أصول السعف غير مرهون كالثمرة وفيما كان ظاهرا منها حال العقد خلاف ففي التتمة مرهون وفي الشامل وتعليقة القاضي أبي الطيب لا وهو الأوجه كالصوف بظهر الغنم كما مر وصاحب التتمة مشى على طريقة في الصوف من أنه يدخل في رهن الغنم ا هـ .

(قوله لتعذر استثنائه) قال في شرح الروض ولو رهن نخلة ثم أطلعت استثني طلعها عند بيعها ولا يمتنع بيعها مطلقا

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٨/٣٩٦

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٨/٤٣٩

بخلاف الحامل هـ وقوله استثني طلعها لعله إذا تعلق به حق ثالث على ما ذكر في الحمل أو المراد جاز استثناؤه .
(قوله وتسليم الثمن) الظاهر أن المراد بتسليمه للوفاء لا ليكون رهنا تحت يده ولو أراد ذلك لم يكف مجرد التراضي ولا بد من عقد فيما يظهر (قوله من التعذر) يسبق إلى الفهم منه التعذر المذكور بقوله لتعذر استثنائه إلخ ولا يخفى أنه لا إشكال في ذلك فإن جواز بيعها وإجباره عليه فيما ذكر لا يدفع هذا التعذر فالوجه أن المراد بالتعذر ما تضمنه قوله فيما مر ولا تباع حتى تضعه إلخ من تعذر البيع لتعذر ما ذكر فتأمل (قوله حق ثالث) فإن لم يتعلق بها ما ذكر أجبر على وفاء الدين أو بيعها فإن امتنع منهما باعها الحاكم أو غيرها من أمواله أو وفى الدين من ماله إن كان فيه جنسه م ر (قوله أو وصية به) أو تعلق الدين برقبة أمه دونه كالجناية والمعارة للرهن أو نحوها وذلك لتعذر توزيع." (١)

"البيع) أي عند إرادته ولو اختلف الراهن والمرتهن في الحمل وعدمه فينبغي تصديق الراهن ؛ لأن الأصل عدم الحمل عند الرهن فيكون زيادة منفصلة ا هـ ع ش .
(قوله ولا تباع إلخ) أي على الأظهر إذا تعلق به حق ثالث بنحو وصية كما يأتي (قوله والتوزيع) عطف على الاستثناء (قوله نعم إلخ) استدراك على قوله ولا تباع إلخ (قوله لو سأل إلخ) أي ببناء الفاعل أي من المرتهن أو القاضي ا هـ ع ش .
(قوله وتسليم الثمن) أي للوفاء لا ليكون رهنا مكانه ولو أراده لم يكف مجرد التراضي بل لا بد من عقد فيما يظهر ا هـ سم .
(قوله ومن هذا) أي النص (قوله من التعذر) يسبق إلى الفهم منه التعذر المذكور بقوله لتعذر استثنائه إلخ ولا يخفى أنه لا إشكال في ذلك فإن جواز بيعها وإجباره عليه فيما ذكر لا يدفع هذا التعذر فالوجه أن المراد بالتعذر ما تضمنه قوله فيما مر ولا تباع حتى تضعه إلخ من تعذر البيع لتعذ ر ما ذكر فتأمله ا هـ سم أي فتوافق حينئذ عبارته لما في المغني والنهاية والأسنى وعلى الأول أي الأظهر يتعذر بيعها حتى تضع قال ابن المقري تبعا للإسنوي إن تعلق به حق ثالث بوصية أو حجر فلس أو موت أو تعلق الدين برقبة أمه دونه كالجانية والمعارة للرهن أو نحوها وذلك لأن استثناء الحمل متعذر وتوزيع الثمن على الأم والحمل كذلك لأن الحمل لا تعرف قيمته أما إذا لم يتعلق به أو بها شيء من ذلك فإن الراهن يلزم بالبيع أو بتوفية الدين فإن امتنع من الوفاء من." (٢)

"(قوله كذلك) أي : جنسا وقدرا وصفة (قوله لغا الصلح) والصحة والتكسير كالحلول والتأجيل نهاية ومغني (قوله : لأنهما) أي إلحاق الأجل وإسقاطه (قوله وعد من الدائن إلخ) نشر على ترتيب اللف (قوله وسقط الأجل) لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلهما نهاية ومغني (قوله بخلاف ما إذا جهل إلخ) أي : فساد الصلح وأدى على ظن صحته ووجوب التعجيل فلا يسقط الأجل واسترد ما عجله مغني ونهاية (قوله فيسترد إلخ) وفي سم على منهج قال م

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٧٩/١٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٨٢/١٩

ر وينشأ من هذا مسألة تعم بها البلوى وهي ما لو وقع بينهما معاملة ثم صدر بينهما تصادق مبني على تلك المعاملة بأن كلا منهما لا يستحق على الآخر شيئا مع ظنهما صحة المعاملة ثم بان فسادها تبين فساد التصادق وإن كان عند الحاكم انتهى .

ولو أراد بعد ذلك أن يجعله من الدين من غير استرداد فهل يصح أم لا بد من رده وإعادته ؟ يتأمل ذلك ا هـ أقول والظاهر الأول ؛ لأنه بالتراضي كأنه ملكه تلك الدراهم بما له عليه من الدين فأشبه ما لو باع العين المغصوبة للغاصب بما له عليه من الدين ا هـ ع ش .

(قوله : لأنه) أي الصلح المذكور (قوله فيما ذكر) أي : من قول المصنف ولو صالح من حال إلى هنا .

(قوله وقضية ما تقرر) أي : من أنه لو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة إلخ (وقوله فيه) أي : في التفصيل المفرق بين الصلح من المؤجل على الحال وعكسه ا هـ ع ش .

أقول الأقرب أن المراد مما تقرر تعليل الشارح لإلغاء بقوله ؛ لأنه إنما ترك." (١)

"(قول المصنف فإن أراد إعادة منهدم بآلة نفسه لم يمنع) قال الشارح في شرح العباب قال ابن المقري أطلق الحاوي الجدار فعم الحاجز بين ملكيهما وجدار الدار المشتركة لكن قولهم ليصل إلى حقه لا يأتي في جدار البيت ؛ لأنه لا يصل بالبناء إلى حقه ؛ إذ لكل منهما منع الآخر من دخوله ا هـ .

ويرد بأن هذا التعليل بالوصول إلى حقه إنما هو بالنظر للأغلب لا غير فليس قيدا كما هو المنقول كما مر فقول جمع أنه قيد طريقة ضعيفة وهو واضح مدركا بيانه إلخ ما بينه فراجعه لكن ظاهر كلامه في شرح الإرشاد اعتماد ما قاله ابن المقري ولا يخفى أن قوله وجدار الدار المشتركة يخرج جدار الدار المختصة المشتركة بين صاحبها وبين صاحب دار أخرى محيطة بها (قول المصنف منهدم) أي : جدار بخلاف الدار المشتركة فالوجه امتناع إعادته بغير إذن الآخر م ر .

(قوله لا بفرض أن للطالب عليه حملا) قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ فإن قيل أساس الجدار بينهما فكيف جوزتم له بنائه بآلته وأن ينفرد بالانتفاع بغير إذن شريكه قلنا ؛ لأن له حقا في الحمل عليه فكان له الإعادة .

قال الإسنوي وكلامهما يقتضي أنه لا أجرة عليه وفيه نظر ا هـ وذكر الناشري عقب ذلك عن السبكي كلاما محصله استشكال جواز الانفراد بالإعادة والانتفاع قهرا عن الشريك من جملته قوله فإن الصحيح جريان القسمة في ذلك بالتراضي عرضا في كمال الطول وبها يندفع الضرر فما الداعي إلى الإجبار على تمكينه من البناء على غير ملكه." (٢)

"البناء بآلة نفسه وإن لم يمتنع الأسفل منه ومثله الشريك في الجدار المشترك ونحوه وهو كذلك ا هـ .

(قوله وهدمه) عطف على السكن (قوله الأعلى) أي : صاحب العلو (قوله له) أي للأسفل (قوله مطلقا) أي :

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٦٣/٢٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٨٧/٢١

بنى الأعلى علوه أم لا (قوله وعدمه) أي : عدم امتناعه (قوله لها) أي للإعادة (وقوله لهما) أي : للهدم والتملك قول المتن (وينقضه إذا شاء) ظاهر إطلاقه أنه لا يلزم المعيد أجرة الأس لشريكه ويحتمل خلافه حيث كان الأس يقابل بأجرة وهو الظاهر الذي ينبغي اعتماده ا هـ ع ش .

وفي سم قال الإسنوي وكلامهما يقتضي أنه لا أجرة عليه وفيه نظر ا هـ وذكر الناشري عن السبكي كلاما محصله استشكال جواز الانفراد بالإعادة والانتفاع قهرا على الشريك من جملته قوله فإن الصحيح جريان القسمة في ذلك **بالتراضي** عرضا في كمال الطول وبها يندفع الضرر فما الداعي إلى الإجبار على تمكينه من البناء على غير ملكه ويبقى البناء بلا أجرة في أرض الغير من غير إعارة منه ولا إجارة ولا بيع هذا بعيد من القواعد ا هـ وهو صريح في أنه على كلامهم لا أجرة فليتأمل ا هـ .

(قوله : لأنه) إلى قوله خلافا في المغني (قوله خير الباني) كذا في الروض أي : والمغني ا هـ سم (قوله لشارح إلخ) تبعه م ر ا هـ سم عبارة السيد عمر قوله لما وقع لشارح قد يقال إن كان الشارح المذكور يمنعه من نقضه إذا شاء فهو مخالف لصريح المنقول وإن لم يمنع فلا منافاة بين قوله ببقاء حقه كما كان وبين القول بالتخيير ولهذا جمع بينهما." (١)

"يشكل على ما يأتي في المتن من قوله ، وإن دفع الشفيع مستحقا أي أو نحو نحاس كما يأتي في الشرح لم تبطل شفعته إن جهل ، وكذا إن علم في الأصح إلا أن يفرق بأن هذا لما كان ظاهرا في عقد آخر ؛ لأنه شراء مستجد كان صارفا عن الشفعة ففرقنا بين أن يعذر فلا تسقط ، وإلا فتسقط مطلقا لكنه قد يشكل بأن فوات الفورية بعد الشروع في الأخذ مسقط كما تقدم في شرح قوله ولا يشترط في التملك إلخ وفي الحاشية هناك والتشاغل بدفع المستحق ونحوه يفوتها إلا أن يفرض فيما إذا لم تفت ووقع التدارك على الفور أو يقال : إن هذا الأخذ لاغ لا أثر له ، وكأنه لم يشرع في الأخذ وفيه ما فيه (قوله والذي يتجه إلخ) قد ينازع في هذا كالمنقول عن الحاوي المذكور أن قضية ما يأتي من أن الفورية معتبرة في الطلب لا في التملك أن **التراضي** المذكور لا يبطل الشفعة ؛ لأنه إنما يكون في الأخذ والتملك فغايته تفويت فورية التملك وذلك لا يضر بعد تقدم فورية الطلب ويفارق ذلك مسألة الرد بالعيب ؛ لأن المعتبر فيه فورية الفسخ ، والاشتغال بالصلح مفوت لها ولا ينافي ما قلناه ما قالوه في الصلح عن الشفعة بمال أنه كالصلح به عن الرد بالعيب ؛ لأن الصلح عنها بالمال مع العلم بفساده ينفي فورية طلبها ولا كذلك ما نحن فيه وقد يرد هذا بأنه لا يلزم نفي فورية الطلب لجواز أن يطلب على الفور ثم يصالح نعم يمكن أن يقال حينئذ : إن المصالحة من قبيل الشروع في الأخذ ومع الشروع فيه." (٢)

"على منهج .

ا هـ ع ش (قوله : لأنه) إلى قوله ، ولو كان دنانير في المغني (قوله فإن قدر بالوزن إلخ) عبارة النهاية والمغني ، ولو

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٩٢/٢١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٧٨/٢٣

قدر المثلي بغير معياره الشرعي كقنطار حنطة إلخ .

ا هـ .

(قوله فإن انقطع المثل) أي بأن فقد حسا فيما دون مرحلتين أو شرعا كأن وجد بأكثر من ثمن مثله والمراد بثمن مثله ما يرغب به في ذلك الوقت برماوي .

ا هـ بجيرمي (قوله بقيمته) أي قيمة المثل لا الشقص .

ا هـ سم (قوله حينئذ) أي وقت الأخذ وأسقط النهاية لفظة حينئذ كما نبهنا وكتب عليه ع ش ما نصه قوله م ر بقيمته أي المثل يوم البيع مثلا أخذا مما يأتي في المتقوم .

ا هـ .

وفي البجيرمي عن الزيادي ما يوافقه (قوله فإن تراضيا) أي المشتري والشفيع (عنها) أي عن الدنانير التي اشترى الشقص بها (قوله مستجدا) بفتح الجيم من استجده إذا أحدثه وبكسرها من استجد لازما بمعنى حدث كما يؤخذ من المصباح .

ا ٥. ع ش (قوله تبطل به الشفعة) ينبغي أن هذا بخلاف ما إذا أخذ أي الشفيع بالدنانير ثم عوض عنها بالدراهم فينبغي أن لا تبطل م ر انتهى سم على حج .

ا هـ ع ش (قوله وهي) أي ما في الحاوي والتأنيث باعتبار المسألة (قوله هنا) أي في مسألة **التراضي** (قوله ما مر من التفصيل إلخ) أي من أن محل البطلان إن علم ، وإلا فلا ع ش ورشيدي (قوله فهو) أي **التراضي** (قوله فوجب الفرق بين علمه وجهله) أي بالبطلان مع العلم دون الجهل قول المتن (فبقيمته) أي كالغصب قال في شرح الإرشاد ومنه يؤخذ أنه يأتي هنا." (١)

"للمشتري قبض تمام المائة .

ا هـ قال ع ش قوله لا يحل إلخ أي ؛ لأنه لا تجوز الزيادة على مثل الثمن أو قيمته ، ولو **بالتراضي** على أنه هنا لا تراضي ؛ لأن الشفيع إنما دفع تمام المائة ليتمكن من الأخذ .

ا هـ .

(قوله بعد الشراء) أي وقبل الحلف .

ا هـ ع ش (قوله وله أن إلخ) عبارة النهاية والمغني وللشفيع بعد حلف المشتري أن يزيد في قدر الثمن ويحلفه ثانيا وثالثا وهكذا إلخ ولا يكون قوله أي المشتري نسيت قدر الثمن عذرا بل يطلب منه جواب كاف .

ا هـ .

(قوله وهكذا حتى ينكل إلخ) أي ، ولو في أيام مختلفة ، وإن أدى ذلك لإضرار المشتري بإحضاره مجلس الحكم تلك المرات ؛ لأن الظاهر من حاله حيث اشترى بمجهول أنه قصد منع الشفيع من الشفعة فعوقب بذلك .

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٨١/٢٣

ا هـ ع ش (قوله على أنه) أي ما وقف عنده .

ا هـ ع ش .." (١)

"ولا ملازمة بين الانفساخ والانعزال فليتأمل .

ا هـ (قوله إن طلبه المالك) أي كلا من الاستيفاء والتنضيض ، وكذا قوله في ذلك قال ع ش فلو كان المالك اثنين وطلب أحدهما التنضيض والآخر عدمه فينبغي أن يقسم المال عروضا فما يخص من طلب العروض يسلم له وما يخص من طلب التنضيض يباع ويسلم له جنس رأس المال .

ا هـ .

(قوله ما لم يقل) أي المالك (له) أي للعامل (قوله بتقويم عدلين) قضيته أنه لا يكتفي بتقويم رجل وامرأتين ويوافقه ما مر في الغصب عن العباب ثم هذا ظاهر في الأعيان وأما إذا كانت ديونا فما طريق قسمة ذلك ويحتمل أن يقال إن تراضى العامل والمالك على تعيين بعضها للعامل وبعضها للمالك فذاك ، وإلا رفعا الأمر إلى الحاكم فيستوفيها ويقسم الحاصل عليهما وعلى التراضي يكون ذلك كالحوالة فإن تعذر على أحدهما استيفاء ما عين له من الديون لم يرجع على صاحبه أو يقسم كل واحد من الديون بـالم حاصة على حسب ما يخص كلا منهما أصلا وربحا .

ا هـ ع ش (قوله ولم يزد راغب) كما جزم به ابن المقري فلو حدث بعد ذلك غلاء لم يؤثر نهاية ومغني (قوله فلا يكلف أحدهما إلخ) أي بل يقتسمانه إن شاء أو يبيعانه معا .

ا هـ ع ش (قوله عليه) أي بيع مال القراض كله (قوله وجب بيع الكل) معتمد .

ا هـ ع ش (قوله مطلقا) أي حصل فائدة أو لا .." (٢)

"(قوله وإلا كفت معاينتها) والمعلومة شاملة لها (قوله نظير ما مر في الثمن) ويؤخذ من تشبيهها بالثمن أنها لو حلت وقد تغير النقد وجب من نقد يوم العقد لا يوم العمل ، ولو في الجعالة إذ العبرة في الأجرة حيث كانت نقدا بنقد بلد العقد وقته فإن كان ببادية اعتبر أقرب البلاد إليها كما بحثه الأذرعي والعبرة في أجرة المثل في الفاسد بموضع إتلاف المنفعة نقدا أو وزنا شرح م ر (قوله إن قلنا إنه إجارة إلخ) على أنه ليس بإجارة كما اقتضاه كلام الروضة كالشرح الصغير خلافا للولي العراقي وهو نوع من التراضي والمعونة فهو جعالة اغتفر فيها الجهل بالجعل كمسألة الصلح شرح م ر (قوله كآجرتكها بعمارتها) انظر هذا مع قوله الآتي وإلا كآجرتكها إلا أن يكون هذا إذا لم تعين العمارة (قوله كآجرتكها بعمارتها أو بدينار إلخ) كذا م ر إلخ (قوله والأوجه) أي وفاقا لتنظير ابن الرفعة قوله واغتفر اتحاد ا لقابض والمقبض للحاجة إلخ) ويؤخذ من ذلك صحة ما جرت به العادة في زمننا من تسويغ الناظر للمستحق باستحقاقه على ساكن الوقف فيما يظهر شرح م ر (قوله تنزيلا إلخ) قد يقال قبض البناء مثلا أجرته من المستأجر يتضمن الاتحاد

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٩٧/٢٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٥٣/٢٤

المذكور ؛ لأنه مقبض عن المؤجر ويقبض لنفسه من نفسه (قوله تنزيلا للقابض) أي القابض إذا علف بنفسه (قوله ويتعين تقييده إلخ) عبارة شرح الروض أشبههما أي القولين في الأنوار المنفق أي تصديقه إن ادعى محتملا وبه جزم ابن الصباغ وغيره ا هـ .

.)"(١)

"(ويجوز كراء العقب) بضم العين جمع عقبة أي نوبة ؛ لأن كلا يعقب صاحبه وفي حديث البيهقي ﴿ من مشى عن راحلته عقبة فكأنما أعتق رقبة ﴾ وفسروها بستة أميال ولعله وضعها لغة ولا يتقيد ما هنا بذلك (وفي الأصح) وخرج بإجارة العين التي الكلام فيها إجارة الذمة فتصح اتفاقا لما مر أن التأجيل فيها جائز (وهو أن يؤجر دابة رجلا ليركبها بعض الطريق) ويمشي بعضها أو يركبها المالك تناوبا (أو) يؤجرها (رجلين ليركب هذا أياما وذا أياما) تناوبا ومن ذلك آجرتك نصفها لمحل كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع (ويبين البعضين) في الصورتين كنصف أو ربع ما لم تكن هناك عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة كيوم ويوم أو فرسخ وفرسخ وإلا حمل عليها والمحسوب في الزمن زمن السير لا زمن النزول لنحو استراحة أو علف (ثم) بعد صحة الإجارة (يقتسمان) البعضين **بالتراضي** فإن تنازعا في البادئ أقرع ، وذلك لملكهما المنفعة معا ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة نعم شرط الأولى أن يتقدم ركوب المستأجر وإلا بطلت لتعلقها بالمستقبل والقن كالدابة واغتفر فيهما ذلك دون نظيره في نحو دار وثوب لإطاقتهما دوام العمل وقضية قوله أياما جواز جعل النوبة ثلاثة أيام فأكثر كأن يتفقا على ذلك وإن خالف العادة أو ما اتفقا عليه في العقد وهو كذلك ما لم يضر بالبهيمة وعليه يحمل كلام الروضة وغيرها أو بالماشي وفي توجيه النص المنع عند طلب." (٢)

"(قوله جمع عقبة) بضم العين ا هـ مغني (قوله من مشى إلخ) أي قاصدا إراحتها و (قوله وفسروها) أي العقبة ا هـ ع ش (قوله وخرج بإجارة العين إلخ) كان الأولى تأخيره عن تمام المسألة ا هـ رشيدي (قوله وخرج) إلى قوله وفي توجيه النص في المغني (قوله لما مر) أي في المتن عن قريب (قوله ويمشي بعضها إلخ) والأولى وتمشي بحالها بعضها أو يركبها المالك فيه (قوله أو يركبه) فيه حذف وإيصال والأصل أو يركب فيه أي بعضها الآخر (قوله لتركبها نصف الطريق) أي ثم إن كان ثم مراحل معلومة حمل عليها وإلا اشترط بيان ما يمشيه وما يركبه ا هـ ع ش (قوله وإلا حمل) أي وإن كان هناك عادة مضبوطة كفى الإطلاق ويحمل عليها قول المتن (يقتسمان) أي المكتري والمكري في الأولى والمكتريان في الثانية ا هـ مغني (قوله **بالتراضي**) على الوجه المبين أو المعتاد ا هـ مغني (قوله نعم شرط الأولى إلخ) عبارة المغني والأسنى عقب قول المتن ليركبها بعض الطريق نصها والمؤجر البعض الآخر تناوبا مع عدم شرط البداءة بالمؤجر سواء شرطا للمستأجر أم أطلقا أو قالا ليركب أحدنا أما إذا اشترط أن يركبها المؤجر أولا فإن العقد

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٨٠/٢٤

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٤٣/٢٤

باطل في إجارة العين ا هـ وأقره سم (قوله نعم شرط الأولى) وهو قول المتن أن يؤجر دابة رجلا و (قوله أن يتقدم ركوب المستأجر) أي يتقدم ركوبه على مشيه أو على ركوب المالك ا هـ كردي (قوله أن يتقدم ركوب المستأجر إلخ) ظاهره اعتبار ركوبه بالفعل والمتجه خلافه كما قد يدل." (١)

"غير مجازفة ا هـ أي فيملكها المقطع له بالقبض ويختص بها قبله فإن أقطعها من أهل الصدقات بطل وكذا من أهل المصالح وإن جاز أن يعطوا من مال الخراج شيئا لكن بشرطين أن يكون بمال مقدر قد وجد سبب استباحته كالتأذين والإمامة وغيرهما وأن يكون قد حل المال ووجب ليصح الحوالة به ويخرج بهذين الشرطين عن حكم الإقطاع وإن أقطعها من القضاة أو كتاب الدواوين جاز سنة واحدة وهل يجوز الزيادة عليها وجهان أصحهما المنع إن كان جزية والجواز إن كان أجرة ويجوز الإقطاع للجندي من أرض عامرة للاستغلال بحيث تكون منافعها له ما لم ينزعها الإمام وقضية قول المصنف في فتاويه إنه يجوز له إجارته أنه يملك منفعتها قال بعض المتأخرين وما يحصل للجندي من الفلاح من مغل وغيره فحلال بطريقه وما يعتاد أخذه من رسوم ومظالم فحرام والمقاسمة مع الفلاح حيث البذر منه منعها الشافعي رضي الله تعالى عنه وغيره وحينئذ فالواجب عل ى الفلاح أجرة مثل الأرض وإذا وقع **التراضي** على أخذ المقاسمة عوضا عن أجرة الأرض كان ذلك جائزا فحق على الجندي المقطع أن يرضي الفلاح في ذلك ولا يأخذ منه إلا ما يقابل أجرة الأرض وإن كان البذر من الجندي فجميع المغل له وللفلاح أجرة مثل ما عمل فإن رضي الفلاح عن أجرته بالمقاسمة جاز ا هـ كلام المغني من نسخة سقيمة (قوله كما مر) أي في أوائل الباب ا هـ كردي أي في شرح فمال ضائع وكذا قوله الآتي مما مر آنفا (قوله وفيه نظر إلخ) عبارة." (٢)

"(ولهم) أي الشركاء (القسمة مهايأة) مياومة مثلا كأن يسقي كل منهم يوما كسائر الأملاك المشتركة ولا نظر لزيادة الماء ونقصه مع **التراضي** على أن لهم الرجوع عن ذلك قال الزركشي : وتتعين المهايأة إذا تعذر ما مر لبعد أرض بعضهم من المقسم ونحو الخشبة إذا كانت القناة تارة يكثر ماؤها وتارة يقل فتمتنع المهايأة حينئذ كما منعوها في لبون ليحلب هذا يوما وهذا يوما لما فيه من التفاوت الظاهر انتهى .

وليس لأحد الشركاء أن يحفر ساقية قبل المقسم ؛ لأن حافة النهر مشتركة بينهم ولكل حرث أرضه وخفضها ورفعها وحينئذ يفرد كل أرضه بساقية يجري الماء فيها إليها ومؤنة ما يخص كلا عليه بخلاف عمارة النهر الأصلية فإنها على جميعهم بقدر الحصص فإن عمرها بعضهم فزاد الماء لم يختص به ؛ لأنه متبرع وإن كان إنما عمرها بعد امتناع الآخرين ولصاحب السفل أن يحرث ويحفر في أرضه ما يدفع به ضررها من غير أن يضر العل يا وليس للأعلى ذلك كما أفتى به جمع أي ؛ لأنه به يأخذ أكثر من حقه هذا إن كانا يشربان معا وإلا بأن كان شرب السفلى من ماء العليا فلا منع أي حيث لا ضرر ، ومن ثم امتنع عليه أن يحدث في أرضه شجرا أو نحوه إن أضر بالسفلى لحبسه الماء وأخذه منه فوق

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٤٥/٢٤

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٠١/٢٥

ما كان يعتاد قبل إحداث ما ذكر وأفتى الغزالي بأن لصاحب السفلى إجراء الماء المستحق لإجرائه في العليا وإن أضر بنخلها أو زرعها ولا غرم عليه لتقصير صاحبها بالزرع أو الغرس في المجرى المستحق." (١)

"(قوله : أي الشركاء) إلى قوله ؛ لأن حافة النهر في النهاية قول المتن (مهايأة) منصوب إما على الحال من المبتدأ وهو القسمة بناء على صحة الحال منه كما ذهب إليه سيبويه وغيره أو على أنها مفعول بفعل محذوف بتقدير ويقسم مهايأة ويجوز كون القسمة فاعلة بالظرف بناء على قول من جوز عمل الجار بلا اعتماد وهم الكوفيون وعليه فينصب مهايأة على الحال من الفاعل مغني ونهاية أقول : ويجوز كونها حالا من فاعل الظرف المستتر الراجع إلى المبتدأ بل هو لكونه محل وفاق أحسن .

(قوله : قال الزركشي وتتعين المهايأة إلخ) يؤخذ منه أن المهايأة متعينة في قسمة ماء البئر المشتركة المتعذر قسمتها وهذا إن لم يكن للأصحاب - رحمهم الله - نقل في كيفية قسمة ماء البئر فإن ظفر بنقل فهو المتبع والله أعلم .

ا هـ .

سيد عمر (قوله : لبعد أرض بعضهم إلخ) أي ؛ لأن الأقرب يحصل له زيادة .

ا هـ .

سم (قوله : ونحو ال خشبة) عطف على قوله المهايأة (قوله : إذا كانت القناة إلخ) يتأمل ؛ لأن المهايأة إنما تكون بالتراضي ومعه لا نظر للتفاوت كما تقدم في قوله ولا نظر إلخ .

ا هـ .

سيد عمر عبارة ع ش قوله : فتمتنع المهايأة هذا قد يخالف ما مر في قوله ولا نظر لزيادة الماء ونقصه معه التراضي إلا أن يقال المراد بالامتناع هنا عدم الإجبار على ذلك فلا منافاة لكن يرد على ذلك أن المهايأة لا إجبار فيها ، فالأولى أن يقال يصور ذاك بزيادة تارة من اعتياد كتحرك هواء أو نحوه وما هنا بما." (٢)

"عهدت الزيادة تارة والنقص أخرى من غير اعتياد وقت بخصوصه للزيادة وآخر للنقص .

ا هـ .

وحاصله أن ما مر في الزيادة المحتملة وما هنا في الزيادة المحققة المعلومة بالعادة ومقتضاه امتناع المهايأة حينئذ ولو مع التراضي من الجانبين ، ولعل وجهه الجهل بمقدار الزائد وعدم انضباطه وفيه ما لا يخفى فالأولى حمل مقالة الزركشي على الإجبار فيما إذا تنازعوا وضاق الماء كما مر في الشرح تقييد كلام المصنف بذلك .

(قوله : قبل المقسم) بكسر السين عبارة النهاية وليس لأحدهم توسيع فم لنهر ولا تضييقه ولا تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء ولا تأخيره ولا غرس شجرة على حافته بدون رضا الباقين كسائر الأملاك المشتركة .

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٢/٢٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٤/٢٥

ا هـ .

زاد المغني ولا بناء قنطرة ورحى عليه .

ا هـ .

(قوله : حينئذ) أي حين إذ تفاوتت أراضيهم بالانخفاض والارتفاع (قوله : الأصلية) صفة للنهر والتأنيث هنا وفي قوله فإن عمرها بتأويل العين (قوله : ومن ثم) أي من أجل اشتراط عدم الضرر (قوله : امتنع عليه) أي الأعلى (قوله : في العليا) متعلق بإجراء الماء (خاتمة) في المغني والنهاية لا يصح بيع ماء البئر والقناة منفردا عنهما لأنه يزيد شيئا فشيئا ويختلط المبيع بغيره فيتعذر التسليم فإن باعه بشرط أخذه الآن صح ولو باع صاعا من ماء راكد صح لعدم زيادته أو من جار فلا ؛ لأنه لا يمكن ربط العقد بمقدار مضبوط لعدم وقوفه ولو باع ماء القناة مع قراره والماء جار لم يصح البيع في الجميع للجهالة وإن." (١)

"(ويجوز فرض مؤجل في الأصح) **بالتراضي** كما يجوز تأجيل المسمى ابتداء (و) يجوز فرض (فوق مهر المثل) ولو سن جنسه لما مر أنه غير بدل (وقيل لا إن كان من جنسه) لأنه بدل عنه فلا يزاد عليه (ولو امتنع) الزوج (من الفرض أو تنازعا فيه) أي قدر المفروض ورفع الأمر للقاضي بدعوى صحيحة (فرض القاضي) وإن لم يرضيا بفرضه لأنه حكم منه لأن منصبه فصل الخصومات (نقد البلد) أي بلد الفرض فيما يظهر وعليه فهل يعتبر يوم العقد أو الفرض كل محتمل لكن قياس ما مر من اعتبار مهر المثل هنا بيوم العقد اعتبار نقد بلد الفرض يوم العقد بل لو اعتبر محل العقد يومه لم يبعد ولا ينافي قولنا بلد الفرض من عبر ببلد المرأة لاستلزام الفرض حضورها أو حضور وكيلها فالتعبير ببلد الفرض لتدخل هذه الصورة أولى .

وإذا اعتبر بلد الفرض أو بلدها فقد ذكروا في اعتبار قدره أنه لا يعتبر بلدها إلا إن كان بها نساء قراباتها أو بعضهن وإلا اعتبر بلدهن إن جمعهن بلد وإلا اعتبر أقربهن لبلدها فإن تعذرت معرفتهن اعتبرت أجنبيات بلدها كما يأتي فقياسه أن ذلك يعتبر في صفته أيضا كما جزم به بعضهم بل هذا لازم لذاك وإلا لتعذرت معرفة قدره من أصله إذ لا فائدة لمعرفة عشرة مثلا من غير أن تعرف من أي نقد هي (حالا) وإن رضيت بغيرهما أو اعتيد ذلك لما مر أن في البضع حقا لله تعالى بل لو اعتاد نساؤها التأجيل لم يؤجل على المعتمد بل يفرض مهر مثلها حالا." (٢)

"المتن (قوله أي الرجوع) أي رجوع الزوج (قوله لأن حقه إلخ) عبارة المغني لأن حقه ثبت معجلا فلا يؤخر إلا برضاه والتأخير **بالتراضي** جائز لأن الحق لهما ولا يلزم فلو بدا لأحدهما الرجوع عما رضي به جاز لأن ذلك وعد لا يلزم (فرع) لو أصدقها نخلة مع ثمرتها ثم طلقها قبل الدخول ولم يزد الصداق رجع في نصف الجميع وإن قطعت الثمرة لأن الجميع صداق ويرجع أيضا في نصف الكل من أصدق نخلة مطلعة وطلق وهي مطلعة فإن أبرت ثم طلق رجع في

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٥/٢٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٣٧/٣١

نصف الشجرة وكذا في نصف الثمرة إن رضيت لأنها قد زادت وإلا لأخذ نصف الشجرة مع نصف قيمة الطلع ا هـ .

(قوله فيهما) أي الشجر والثمر (قوله وقيل يجبر) أي على قبول الهبة ا هـ مغني." (١)

"الحكومة دية متبوع محلها وهو أنها تابعة محضة يلزم نقصها عن متبوعها بخلاف المتعة والمهر لما تقرر أن موجبه آكد وأن كلا قد ينفرد عن الآخر ولا كذلك الحكومة فيهما (معتبرا حالهما) أي ما يليق بيساره ونحوه نسبها وصفاتها السابقة في مهر المثل وقيل لا تجوز زيادتها على شطر المهر (وقيل حاله) لظاهر ﴿ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ وكالنفقة ويرد بأن قوله تعالى بعد ﴿ وللمطلقات متاع بالمعروف ﴾ فيه إشارة إلى اعتبار حالهن أيضا (وقيل حالها) لأنها كالبدل عن المهر وهو معتبر بها وحدها (وقيل) المعتبر (أقل مال) قول المحشي ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر وقوله ثم رأيت قوله بل مقتضى النظائر إلخ ليس في نسخ الشرح التي بأيدينا ا هـ يجوز جعله صداقا ورد بأن المهر بالتراضي

". (٢)

"(قول المتن أن لا ينقص إلخ) صادق بالزيادة على الثلاثين فلذا قال يعني إلخ ا هـ سم (قوله أو مساويها) إلى قوله كذا جمعوا في النهاية والمغني إلا قوله يعني أن تكون ثلاثين (قوله أو مساويها) أي ما قيمته ثلاثون درهما ا هـ مغني (قوله يعني أن تكون إلخ) قد يقال قياس قول الجمع الآتي عدم الاحتياج لذلك ا هـ سم (قوله ويسن أن لا تبلغ إلخ) كما قاله ابن المقري وإن بلغته أو جاوزته جاز لإطلاق الآية قال البلقيني وغيره ولا تزيد أي وجوبا على المهر ولم يذكروه انتهى ومحل ذلك ما إذا فرضه الحاكم ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر منها أن الحاكم لا يبلغ بحكومة عضو مقدره ومنها أن لا يبلغ بالتعزير الحد وغير ذلك أما إذا اتفق عليها الزوجان فلا يشترط ذلك بل مقتضى النظائر أن لا تصل إلى مهر المثل إذا فرضها القاضي وهو ظاهر نهاية ومغني قال ع ش قوله وهو ظاهر وعليه فهل يكفي نقص أقل متمول أو لا بد من نقص قدر له وقع عرفا فيه نظر وظاهر إطلاقه الأول ا هـ .

(قوله جمعوا بينهما) أي بين ما في المتن وما في الشارح من سن أن لا تبلغ إلخ وكذلك ضمير يتعارضان (قوله فالذي يتجه إلخ) اعتمده ع ش (قوله رعاية الأقل إلخ) أي ندبا (قوله من نصف المهر إلخ) لعل المراد تيقن النقص عنه ا هـ سم (قوله وهذا) أي الثلاثون (قوله بالأول) أي الخادم وقوله بالثاني أي الثوب (قوله وأقل مجزئ) مبتدأ خبره متمول وضمير فيه لما إلخ (قوله حينئذ) أي حين التراضي (قوله ما مر في الثلاثين إلخ)." (٣)

"أنه يمتنع عليه الزيادة عليه ا هـ سم (قوله يجوز جعله إلخ) عبارة المغني كما يجوز جعله صداقا وفرق بأن المهر بالتراضي ا هـ وهي سالمة عما يأتي عن ع ش (قوله ورد بأن المهر إلخ) مجرد كونه بالتراضي لا يصلح للرد على هذا

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٠٣/٣١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٤١/٣١

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٤٤/٣١

الوجه فإنه لم يقل أقل مال يجب في الصداق بل قال يجوز جعله صداقا ومعلوم أن الجعل إنما هو بتراضيهما ا هـ ع ش." (١)

"(قوله بالقرعة) أي أوالتراضي ا هـ مغني .

(قوله له إلخ) متعلق بغرض ا هـ سم .

(قوله فإن اختلفا) أي الزوج والزوجة في الخوف عليها كأن ادعى الزوج عدمه والزوجة وجوده .

(قوله لغيرهما) نائب فاعل رجع .

(قوله دون غيرها) متعلق بقول المتن عليها أي تعلقا معنويا فهو حال من الهاء في عليها والمعنى حال كون من مضى إليها منفردة بالخوف عليها أو قرب مسكنها عن الزوجة الأخرى ا هـ سم عبارة الكردي قوله دون غيرها الضمير يرجع إلى من مضى إليها يعني أن غيرها ليست متصفة بواحد من هذين الوصفين بأن كانت بعيدة المسكن وعجوزة ا هـ .

(قوله لكونها إلخ) علة لعذر ا هـ سم (قوله قال الأذرعي) إلى قول المتن وله أن يرتب في النهاية .." (٢)

"(ومن سافر لنقلة حرم) عليه (أن يستصحب بعضهن) فقط ولو بقرعة كما لا يجوز للمقيم أن يخصص بعضهن بقرعة فيقضي للمتخلفات ولمن أرسلهن مع وكيله نعم لا يجوز له استصحاب بعضهن وإرسال بعضهن مع وكيله إلا بقرعة ويحرم عليه أيضا ترك الكل كما في البسيط على الأصحاب لانقطاع أطماعهن من الوقاع كالإيلاء وظاهر أن محله حيث لم يرضين (وفي سائر الأسفار) لا لنقلة (الطويلة وكذا القصيرة في الأصح يستصحب) غير المغرب للزنا كما سيأتي (بعضهن) واحدة أو أكثر (بقرعة) وإن كانت غير صاحبة النوبة للاتباع متفق عليه فإن استصحب واحدة بلا قرعة أثم وقضى للباقيات من نوبتها إذا عادت وإن لم يبت عندها إلا إن رضين فلا إثم ولا قضاء ولهن الرجوع قبل سفرها وقال الماوردي بل قبل بلوغ مسافة القصر وهو بعيد جدا ثم رأيت الزركشي لما نقل عن الماوردي والروياني وغيرهما أن الرضا يكفي عن القرعة قال قال الماوردي فـ ل و رجعن كان لهن إذا لم يشرع في الخروج فإن شرع وسار حتى جاز له القصر لم يكن لهن ذلك واستقر حكم التراضي بسفرها وهو صريح في رد ما ذكر عنه أو لا وفي موافقة ما ذكرته قال البلقيني ولو خرجت القرعة لصاحبة النوبة لم تدخل نوبتها بل إذا رجع وفاها إياها ويشترط في السفر هنا كونه مرخصا لنص الشافعي أن هذا من رخصه ففي نحو سفر معصية متى سافر ببعضهن أثم مطلقا وقضى للباقيات ويلزم من عينتها القرعة له الإجابة ولو محجورة وفي بحر غلبت." (٣)

"(وإن قال إذا) ، أو إن (دخلت الدار فأنت طالق بألف فقبلت) فورا كما أفادته الفاء (ودخلت) ولو على التراخي ، وقضية ما مر في طلقت وضمنت أن مثل ذلك ما لو دخلت ثم قبلت فورا ، وهو متجه لكن ظاهر كلام شارح

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٤٦/٣١

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٨٣/٣١

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٦/٣٢

أنه لا بد من الترتيب بين الدخول والقبول وكأنه ظن أن تقدم الدخول يزيل فورية القبول ، وليس كذلك بل قد لا يزيلها (طلقت على الصحيح) لوجود المعلق عليه مع القبول طلاقا بائنا (بالمسمى) لجواز الاعتياض عن الطلاق المعلق كالمنجز ويلزمها تسليمه له حالا كسائر الأعواض المطلقة ، والمعوض تأخر **بالتراضي** لوقوعه في ضمن التعليق بخلاف المنجز يجب فيه تقارن العوضين في الملك ، وقوله : بالمسمى لا يقتضي ترجيح الضعيف أنه لا يجب تسليمه إلا عند وجود الصفة خلافا لمن زعمه ؛ لأنه إنما ذكره كذلك لإفادة البينونة كما قررته (وفي وجه ، أو قول بمهر المثل) ؛ لأن المعاوضة لا تقبل التعليق ويرد بـأن هذه معاوضة غير محضة

". (١)

"(ولو طلب أحدهما بدل الحب) مثلا من نحو دقيق أو قيمة بأن طلبته هي أو بذله هو فذكر الطلب فيه للتغليب أو لكونه بذله متضمنا لطلبه منها قبول ما بذله (لم يجبر الممتنع) لأنه اعتياض وشرطه **التراضي** (فإن اعتاضت) عن واجبها نقدا أو عرضا من الزوج أو غيره بناء على الأصح أنه يجوز بيع الدين لغير من عليه (جاز في الأصح) كالقرض بجامع استقرار كل في الذمة لمعين فخرج بالاستقرار المسلم فيه والنفقة المستقبلة كما جزما به ونقله غيرهما عن الأصحاب لأنها معرضة للسقوط وقضيته جريان ذلك في نفقة اليوم قبل مضيه لما يأتي أنها لو نشزت فيه أو في ليلته الآتية سقطت نفقته وبحث جواز أخذه استيفاء لأن لها أن ترضى بغيره ما لها عند المشاحة لا اعتياضا فيه نظر ظاهر بل لا يصح لأن الفرض أنها إلى الآن لم تستقر فأي شيء تستوفيه حينئذ فما علل به الاستيفاء لا ينتجه كما هو ظاهر وإنما جاز لها التصرف فيما قبضته وإن احتمل سقوطه لأن ذلك لا يمنعه نظير ما مر في الأجرة وغيرها وبالمعين الكفارات وما في الكفاية من تصحيح الاعتياض عن المستقبلة ضعيف وإن سبقه إلى نحوه ابن كج وغيره حيث قالا للقاضي أن يفرض لها دراهم عن الخبز والأدم وتوابعهما وصرح الشيخان بجواز الاعتياض عن الصداق إذا كان دينا فما وقع للزركشي هنا من بحثه امتناعه أخذا من فتاوى ابن الصلاح وقوله لم يتعرضوا له وهم ويجب قبض ما تعوضته عن نفقة وغيرها لئلا يصير بيع دين بدين." (٢)

"(قوله وظاهر قولهم إلخ) (مسألة) هل يكفي في كونها ممن تخدم خدمة أبويها أم أحدهما في بيتها والوجه أنه يكفي على أنه لا وجه لهذا السؤال مع قول الشارح وظاهر قولهم إلخ فتأمله (قوله ولو بدوية إلخ) كذا م ر ش (قوله في المتن أو بالإنفاق على من صحبتها) يكفي في ذلك **التراضي** ويلزمه دفع ما يتراضيا عليه ما دام **التراضي** لكن لو رجع عنه بعد مضي مدة بلا إنفاق فهل تستقر عليه نفقة ما مضى أو يلزمه أجرة المثل فيه نظر (قوله وبحث الأذرعي إلخ) لا ذمية لمسلمة ولا عكسه م ر ش (قوله بخلاف نحو الطبخ) كذا م ر قال في شرحه ولو قال أنا أخدمك لتسقط عني مؤنة الخادم لم تجبر هي ولو فيما لا يستحيا منه كغسل ثوب أو استقاء ماء وطبخ لأنها تعير به ويستحيا

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٦٩/٣٢

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٦٣/٣٥

منه .

فقول الشارح وله أن يفعل ما لا يستحيا منه قطعا تبع فيه القفال وهو وجه مرجوح والأصح خلافه م ر ش (قوله وخرج بقولنا ابتداء) من قوله وت ع يين الخادم إلخ (قوله ويصدق هو بيمينه إلخ) كما بحثه الأذرعي م ر ش .

(قوله في المتن أو بمن صحبتها لزمه نفقتها) وتملك نفقة مملوكها الخادم لها ذكرا كان أو أنثى لا نفقة الحرة في أوجه الوجهين بل تملكها الخادمة كما تملك الزوجة نفقة نفسها لكن للزوجة المطالبة بها لا مطالبته بنفقة مملوكة ولا مستأجرة م ر ش وقوله لكن للزوجة المطالبة إلخ تقدم أن الزوجة لا تخاصم في نفقة اليوم وفي الحاشية بناء على عدم صحة دعواها بها فلعل المراد هنا بالمطالبة بنفقة." (١)

"المتن أو بالإنفاق على من صحبتها إلخ) يكفي في ذلك **التراضي** ويلزمه دفع ما تراضيا عليه ما دام **التراضي** لكن لو رجع عنه بعد مضي مدة بلا إنفاق فهل تستقر عليه نفقة ما مضى أو يلزمه أجرة المثل فيه نظر ا هـ سم وقوله فيه نظر لعل الأقرب الأول كما أشار إليه بتقديمه (قوله لحصول المقصود) إلى المتن في النهاية إلا قوله وفي المراد إلى وله منعها (قوله كما لو أراد) إلى قوله ويصدق هو في المغني إلا قوله وفي المراد إلى وله منعها (قوله كحمله) أي الخادم (فائدة) يطلق الخادم على الذكر والأنثى ويقال في لغة قليلة للأنثى خادمة ا هـ مغني (قوله للمستحم) كذا في أصله ثم أصلح بالمستحم بغير خطه فيحتمل كونه منه ومن غيره سيد عمر (قوله وله منعها إلخ) فإن اتفقا عليه فكاعتياضها من النفقة حيث لا ربا وقضيته الجواز يوما بيوم ا هـ مغني (قوله بقولنا ابتداء) أي من قوله وتعيين الخادم إلخ (ق وله ما يعلم إلخ) تنازع فيه سبق ويأتي (قوله بشرطه) أي من كونها حرة لا يليق بها خدمة نفسها (قوله كسائر المؤن) إلى قول المتن ويجب في المسكن في النهاية إلا قوله وإنما وجبت إلى وما تجلس وقوله لا نحو سراويل (قوله على أنها) أي قضية فاطمة وعلي رضي الله تعالى عنهما (قول المتن لزمه نفقتها) فإن كانت المصحوبة مملوكة للزوجة ملكت نفقتها كما تملك نفقة نفسها ا هـ مغني عبارة النهاية وتملك نفقة مملوكة الخادم لها ذكرا كان أو أنثى لا نفقة الحرة في أوجه." (٢)

"(قوله : أي القن) إلى قوله : ويفرق بينهما في المغني (قوله : كما ثبت) أي : عقد المخارجة (قوله : ويتصدق بجميع خراجهم) ومع ذلك بلغت تركته خمسين ألف ألف ومائتي ألف نهاية أي : من الدراهم الفضة ع ش (قوله : كون القن) إلى قول المتن وهي في النهاية إلا قوله : كالكتابة إلى ويؤخذ (قوله : وفضله) أي : كسبه عن مؤنته إلخ فلو لم يف كسبه بخراجه لم تصح مخارجته كما صرح به الماوردي وغيره مغني ونهاية (قوله : وما فضل إلخ) عبارة النهاية والمغني : فإن زاد كسبه على ذلك فالزيادة بر وتوسيع من سيده له ، ويجبر النقص في بعض الأيام بالزيادة في بعضها ، وقد علم أن مؤنته تجب حيث شرطت من كسبه ، أو من مال سيده .

ا هـ .

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤١٨/٣٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٢٢/٣٥

(قوله : ينصرف فيه إلخ) أي : يجوز أن يتصرف فيه وإن كان لا يملكه ومعلوم أن للسيد منعه منه وهو مصرح به رشيدي وع ش (قوله : ويشترط) كذا فيما اطلعت عليه من النسخ وحق ال مقام وبشرط (قوله : لأنها عقد معاوضة) فاعتبر فيه **التراضي** كغيره نهاية ومغني (قوله : ومع ذلك لا تلزم إلخ) عبارة المغني : والأصل فيها الإباحة وقد يعرض لها عوارض تخرجها عن ذلك فهي جائزة من الطرفين .

ا هـ .

(قوله : وأن صريحها خارجتك إلخ) انظر وجه أخذ هذا وما بعده .

ا هـ .

رشيدي (قوله : باذلتك عن كسبك إلخ) قد يقال : ما المعنى الثاني الغير المراد إذ الكناية ما يحتمل المراد وغيره .

ا هـ .

سيد عمر وهو أي : الولي وقوله : منه أي : من التبرع (قوله : اللهم إلخ) عبارة." (١)

"(باب كيفية القصاص) من قص قطع أو اقتص تبع ؛ لأن المستحق يتبع الجاني إلى أن يستوفي منه (ومستوفيه والاختلاف فيه) والعفو عنه والزيادة على ما في الترجمة لا محذور فيها بخلاف عكسه وكأنه إنما قدم المستوفي في الترجمة على ما بعده ؛ لأنه الأنسب بالكيفية وأخره عنه في الكلام عليه لطوله ومن دأبهم تقديم القليل ليحفظ (لا تقطع) عبر به للغالب والمراد لا تؤخذ ليشمل المعاني أيضا (يسار بيمين) من سائر الأعضاء والمعاني لاختلافهما محلا ومنفعة فلم توجد المساواة التي هي المقصودة من القصاص (ولا شفة سفلى بعليا) ولا جفن أسفل بأعلى (وعكسه) لذلك وإن تراضيا ففي المأخوذ بدلا الدية ويسقط القود في الأول لتضمن **التراضي** العفو عنه (ولا أنملة) بفتح الهمزة وضم الميم في الأفصح (بأخرى) ولا أصبع بأخرى كما بأصله ولا أصلي بزائد مطلقا (ولا زائد) بأصلي أو (بزائد) دونه مطلقا أو مثله ول كنه (في محل آخر) غير محل ذلك الزائد لذلك أيضا بخلاف ما إذا ساوى الزائد الزائد أو الأصلي وكان بمحله للمساواة حينئذ ولا يؤخذ حادث بعد الجناية بموجود فلو قلع سنا ليس له مثلها ثم نبت له مثلها لم يقلع .

". (٢)

"المؤنة وما يدفعه في ثمنها في محل الإحضار على قيمتها بموضع العزة ع ش .

(قوله من غالب محله) أي إن لم يكن له إبل كما علم مما مر رشيدي (قوله ومر قبيل فصل الشجاج إلخ) غرضه بهذا تقييد المتن بأن محل تعيين الإبل فيمن لم يلزمه أقل الأمرين رشيدي (قوله أو الأرش) على القيمة (قوله ولو أعلى) إلى قوله وقضية المتن في المغني إلا قوله ومحله إلى وقولهم (قوله كذلك) أي كسائر أبدال المتلفات يغني عنه قوله

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٩٨/٣٦

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٦٥/٣٦

أيضا (قوله ومحله) أي جواز العدول **بالتراضي** (قوله مما ذكر) أي من قدر الواجب إلخ (قوله محمول على هذا التفصيل) أي على معلومة الصفة هنا ومجهولتها في الصلح وهذا الحمل حسن مغني (قوله حسا) أي بأن لم توجد في موضع يجب تحصيلها منه مغني (قوله وهو) أي ذلك الحديث وقوله ، وهو إلخ وقضية كلام المصنف تخيير الجاني بين الذهب والدراهم ، وهو رأي الإمام مغني (قوله ولا تغليظ) أي بـواحد من نحو الحرم والعمد (قوله هنا) أي الدنانير ، أو الدراهم (قوله على الأصح) ؛ لأن التغليظ في الإبل ورد بالسن والصفة لا بزيادة العدد وذلك لا يوجد في الدراهم والدنانير وهذا أحد ما احتج به على فساد القول القديم مغني (قول المتن والجديد إلخ) اقتصر عليه المنهج (قوله أي الإبل) إلى قول المتن وكذا وثني في المغني إلا قوله لحديث فيه إلى ؛ لأنها بدل متلف وقوله ومذاكيره وقوله وفيه تأويل إلى أما من لا أمان له (قوله عند إعوازها) أي عند فقد الإبل (قوله أي." (١)

"فصل يجب بالقتل كفارة إلخ) .

(قوله : وإن كان القاتل صبيا إلخ) وما ذكره الشيخان في الصداق من عدم جواز إعتاقه عن الصبي حمله بعضهم على ما إذا كانت على **التراضي** وما هنا على ما إذا كانت على الفور أو على ما إذا كان العتق تبرعا والجواز على الواجب م ر .

(قوله أول الباب) أي كتاب الجراح (قوله لا بد فيه من إذن) أي في قتله .

(قوله وإلا وجبت كالدية) قال في شرح الإرشاد بناء على ما يأتي من أن المغلب في قتله بلا إذن معنى القصاص فلا إشكال بين البابين انتهى .

(قوله لم تجب فيه إلخ) هذا يقتضي تنزيل قتل نفسه منزلة قتل غير مثله له لا منزلة قتل مثله له وإلا وجبت فليتأمل وجه التنزيل." (٢)

"(قوله : لو اختلط مثلي إلخ) عبارة المغني ، والنهاية ، ولو اختلطت دراهم ، أو دهن حرام بدراهمه ، أو بدهنه ، أو نحو ذلك ، ولم يتميز فميز قدر الحرام ، وصرفه إلى ما يجب صرفه فيه ، وتصرف في الباقي بما أراد جاز للضرورة كحمامة لغيره اختلطت بحمامه ، فإنه يأكله بالاجتهاد فيه إلا واحدة كما لو اختلطت تمرة غيره بتمره ، ولا يخفى الورع ، وقد قال بعضهم : ينبغي للمتقي أن يجتنب طير البرج ، وبناءها ا هـ .

قال ع ش قوله : وصرفه إلخ مفهومه أن مجرد التمييز لا يكفي في جواز تصرفه في الباقي ، ويمكن توجيهه بأنه باختلاطه به صار كالمشترك وأحد الشريكين لا يتصرف قبل القسمة ، والقسمة إنما تكون بعد **التراضي** ، وهو متعذر هنا فنزل صرفه فيما يجب صرفه فيه منزلة القسمة للضرورة ا هـ .

ويؤيده قول الشارح الآتي ؛ لأنه ملك مقيد إلخ ويأتي عن سم والرشيدي ما يتعلق بالمقام (قوله : بمثله) متعلق باختلط

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٧/١٥٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٨/٣١

، وقوله : له أي : لشخص حال من مثله (قوله : جاز له أن يعزل إلخ) قال في الروض :كحمامة أي : لغيره اختلطت بحمامه يأكله بالاجتهاد إلا واحدة ا هـ .

سم (قوله : إن وجد) أي : إن عرفه ، وقوله : وإلا فلناظر بيت المال ، أو صرفه هو بنفسه لمصالح بيت المال إن عرفها ا هـ .

ع ش (قوله : فاندفع إلخ) فيه تأمل (قوله : وفي المجموع إلخ) تقدم عن المغني ، والنهاية ما يوافقه (قوله : طريقه) أي : تمييز حقه أن يصرف إلخ انظره مع قوله : السابق ، ويسلم الذي عزله إلخ إلا أن يراد جواز." (١)
."

(قوله : قال الماوردي) إلى المتن في النهاية إلا قوله : ولو اقتسما إلى قال الشيخان وقوله قال ابن عجيل وما أنبه عليه .

(قوله : وكذا عكسه) أي قسمة البناء أو الغرس .

ا هـ .

رشيدي .

(قوله : ولو اقتسما الشجر) أي بالتراضي .

ا هـ .

سيد عمر .

(قوله : فإن كان فيما خصهما) بأن يكون بعض أصل الشجرة في حصة واحد وبعضها الآخر في حصة الآخر .

ا هـ .

سم وهذا التصوير غير متعين فإن الشجر في كلام الشارح اسم جنس فيشمل المتعدد أيضا بأن يكون في حصة كل منهما أصل شجرة للآخر بتمامه .

(قوله : فهل نكلفه) أي صاحب الشجر .

(قوله : لم تصح) لعله فيما إذا لم يرض الثالث بذلك كما يشعر به كلامه وإلا فما المانع من الصحة ؟ فليراجع .

(قوله : وإنما أجبر إلخ) الأولى تقديم هذه المسألة على قوله قال الشيخان .

(قوله : وإنما أجبر الممتنع على قسمتها إلخ) قال في الروض وشرحه أي والمغني وتقسم الأرض مزروعة وحدها ولو إجبارا سواء أكان الزرع بذرا بعد أم قصيلا أم حبا مشتدا ؛ لأنه في الأرض بمنزلة القماش في الدار بخلاف البناء والشجر ؛ لأن للزرع أمدا بخلافهما أو مع الزرع قصيلا بتراض من الشركاء ؛ لأن الزرع حينئذ معلوم مشاهد لا إجبارا لا الزرع وحده ولا معها وهو بذر بعد أو بعد بدو صلاحه فلا يقسم إن جعلناها إفرازا كما لو جعلناها بيعا ؛ لأنها في الأولى

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٢٩/٤١

قسمة مجهول وفي الأخريين على الأول قسمة مجهول ومعلوم وعلى الثاني بيع طعام وأرض بطعام وأرض انتهى فانظر قوله ؛ لأنها في." (١)

"(وما لا يعظم ضرره قسمته أنواع) ثلاثة (أحدها بالأجزاء) وتسمى قسمة المتشابهات وقسمة الأجزاء (كمثلي) متفق النوع فيما يظهر ومر بيانه في الغصب ومنه نقد ولو مغشوشا على المعتمد لجواز المعاملة به ، أما إذا اختلف النوع فيجب حيث لا رضا قسمة كل نوع وحده ، ثم رأيت غير واحد أشاروا لذلك (ودار متفقة الأبنية) بأن يكون ما بشرقيها من بيت وصفة كما بغربيها (وأرض مشتبهة الأجزاء) ونحوها ككرباس لا ينقص بالقطع (فيجبر الممتنع) عليها استوت الأنصباء أم لا للتخلص من سوء المشاركة مع عدم الضرر نعم لا إجبار في قسمة الزرع قبل اشتداده وكان وجهه عدم كمال انضباطه ، فإن اشتد ولم ير أو كان إلى الآن بذرا لم تصح قسمته للجهل به (فتعدل) أي : تساوى (السهام) أي : عند عدم التراضي ، أو حيث كان في الشركاء محجور كما يعلم مما سأذكره في التنبيه الآتي (كيلا) في المكيل (أو وزنا) في الموزون (أو ذرعا) في المذروع أو عدا في المعدود (بعدد الأنصباء إن استوت) فإذا كانت بين ثلاثة أثلاثا جعلت ثلاثة أجزاء ، ويؤخذ ثلاث رقاع متساوية (ويكتب) مثلا هنا وفيما يأتي من بقية الأنواع (في كل رقعة) إما (اسم شريك) إن كتب أسماء الشركاء لتخرج على السهام (أو جزء) بالرفع كما تصرح به عبارة الروضة أي : هو مع مميزه كما يأتي إن كتب السهام لتخرج على أسماء الشركاء (مميز) عن البقية (بحد أو جهة) مثلا (وتدرج) الرقع (في بنادق) ويندب كونها في بنادق (مستوية." (٢)

"الأرض .

(قوله : لم يجب أحدهم للقسمة) عبارة المغني والروض ، ثم طلب واحد منهم القسمة لم يجبر الباقون عليها .

ا هـ .

.

(قوله : أو كانت الدار لعشرة إلخ) هذا موافق لما قدمه آنفا من قولهم لو أراد جمع إلخ إلا أن ما هنا مطلق يشمله ويشمل ما قدمه عن بحث بعضهم فيتأيد به ذلك البحث فليراجع .

(قوله : كما كانوا ينتفعون به قبل القسمة) ولم يعتبروا مطلق الانتفاع لعظم التفاوت بين أجناس المنافع أسنى ومغني .

(قوله : مما ذكره) أي المصنف .

(قوله : في حالتي تساوي الأجزاء إلخ) أي : الأنصباء .

(قوله : فيما يظهر) عبارة النهاية كما يظهر من إطلاقهم .

ا هـ .

.

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٣٩٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٣٩٨

(قوله : على أن هذه القسمة إفراز) أي بناء على ما يأتي من أن قسمة الأجزاء بالإجبار **والتراضي** إفراز للحق في الأظهر .

(قوله : وبهذا) أي بقوله لا بيع إلخ .

(قوله : لا يجوز فيها في الربوي أخذ أحد أكثر من حقه) عبارة الن ه اية امتنع ذلك في الربوي إذ لا يجوز لأحد أخذ زائد على حقه فيه .

ا هـ .

.

(قوله : فيأتي فيه هنا) أي في الربوي المنقسم قسمة بيع .

(قوله : جميع ما مر إلخ) عبارة المغني في شرح وقسمة الأجزاء إفراز إلخ وحيث قلنا القسمة بيع ثبت فيها أحكامه من الخيار والشفعة وغيرهما إلا أنه لا يفتقر إلى لفظ بيع أو تمليك وقبول ويقوم الرضا مقامهما فيشترط في الربوي التقابض في المجلس وامتنعت في الرطب والعنب وما عقدت النار أجزاءه ونحو ذلك كما علم من باب الربا ، وإن قلنا هي إفراز جاز لهم ذلك ويقسم." (١)

"النوع (الثاني) القسمة (بالتعديل) بأن تعدل السهام بالقيمة (كأرض تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماء) ونحوهما مما يرفع قيمة أحد الطرفين على الآخر كبستان بعضه نخيل وبعضه عنب ، ودار بعضها من حجر وبعضها من لبن فيكون الثلث لجودته كالثلثين قيمة فيجعل سهما وهما سهما إن كانت نصفين فإن اختلفت كنصف وثلث وسدس جعلت ستة أجزاء بالقيمة لا بالمساحة فعلم أنه لا بد من علم القيمة عند التجزئة (ويجبر) الممتنع منها (عليها) أي : قسمة التعديل (في الأظهر) إلحاقا للتساوي في القيمة به في الأجزاء نعم إن أمكن قسمة الجيد وحده ، والرديء وحده لم يجبر عليها فهما كأرضين تمكن قسمة كل منهما بالأجزاء فلا يجبر على التعديل كما بحثه الشيخان وسبقهما إليه جمع متقدمون ولا يمنع الإجبار في المنقسم الحاجة إلى بقاء طريق ونحوها مشاعة بينهم يمر كل فيها إلى ما خرج له إذا لم يمكن إفراد كل بطريق ولو اقتسما **بالتراضي** السفل لواحد والعلو لآخر ولم يتعرضا للسطح بقي مشتركا بينهما كما أفتى به بعضهم ومر عن الماوردي والروياني ما يصرح به وكأنه إنما لم ينظر لبقاء العلقة بينهما ؛ لأن السطح تابع كالطريق

". (٢)

"والرديء وفي بعض النسخ فيها بضمير المؤنث أي في الأرض المذكورة وعلى كل منهما فالأولى حذف قوله فلا يجبر على التعديل كما في المغني (قوله : في المنقسم) يعني فيما يمكن قسمته إفرازا أو تعديلا أخذا من إظهاره في

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٠٩

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤١١

موضع الإضمار ، ثم رأيت ما يأتي قبيل قول المتن الثالث بالرد فلله الحمد .

(قوله : إذا لم يمكن إلخ) مفهومه أن بقاء الإشاعة في نحو الطريق يمنع الإجبار عند إمكان الإفراز .

(قوله : ولو اقتسما **بالتراضي** إلخ) عبارة المغني والروض قبيل النوع الثالث ويجبر الممتنع على قسمة علو وسفل من دار أمكن قسمتها لا على قسمة أحدهما فقط أو على جعله لواحد والآخر لآخر ، واللبن بكسر الموحدة إن استوت قوالبه فقسمته قسمة المتشابهات وإن اختلفت فالتعديل .

ا هـ .

فيأتي فيهما الإجبار أسنى .

(قوله : كما أفتى به بعضهم) عبارة النهاية كما هو ظاهر .

ا هـ .

(قوله : ومر) أي في الفرع وقوله م ا يصرح به أي بجواز تلك القسمة .

(قوله : وكأنه إنما لم ينظر لبقاء العلقة إلخ) أي : حيث قالوا بصحة القسمة مع بقاء الشركة في السطح ولم يقولوا بفسادها لوجود الشركة في بعض المشترك .

ا هـ .

ع ش وكتب عليه السيد عمر أيضا ما نصه لك أن تقول أن ما ذكر غني عن التوجيه ؛ لأن الفرض أن القسمة **بالتراضي** وحينئذ فلا إشكال إذ من المعلوم كما هو ظاهر أنه لو كانت الدار مشتركة بين اثنين مناصفة فأرادا قسمة نصفها **بالتراضي** وبقاء النصف على الإشاعة لم تمتنع فليتأمل .

ا هـ .

ومر آنفا عن." (١)

"(قول المتن قيمة دارين أو حانوتين) أي مثلا لاثنين بالسوية فطلب أي : كل من الشريكين .

ا هـ .

مغني وعبارة الأسنى أحد الشريكين .

ا هـ .

وهذه هي الصواب الموافق لقول الشارح الآتي فطلب أحدهما إذ لا معنى لنفي الإجبار مع **التراضي** (قول المتن فطلب جعل كل لواحد) أي على الإبهام بحسب ما تقتضيه القرعة كما لا يخفى .

ا هـ .

رشيدي (قول المتن جعل كل) أي من الدارين أو الحانوتين لواحد أي بأن يجعل له دارا أو حانوتا ولشريكه كذلك .

ا هـ .

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤١٣/٤٣

مغني .

(قوله : نعم لو اشتركا في دكاكين إلخ) عبارة المغني ويستثنى من الدارين ما إذا كانت الداران لهما بملك القرية المشتملة عليهما وشركتهما بالنصف وطلب أحدهما قسمة القرية واقتضت القسمة نصفين جعل كل دار نصيبا فإنه يجبر على ذلك ومن الحانوتين ما إذا اشتركا إلخ قال الجيلي ومحلهما إذا لم تنقص القيمة بالقسمة وإلا لم يجبر جزما .

ا هـ .

.

(قوله : فـي دكاكين إلخ) أي ونحوها شرح المنهج .

(قوله : صغار متلاصقة مستوية القيمة إلخ) أي بخلاف نحو الدكاكين الكبار والصغار الغير الموصوفة بما ذكر فلا إجبار فيها ، وإن تلاصقت الكبار واستوت قيمتها لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية كالجنسين .

ا هـ .

شرح المنهج .

(قوله : أجيب) وينزل ذلك منزلة الخان المشتمل على البيوت والمساكن مغني وأسنى .

(قوله : قال الجيلي إلخ) أقره النهاية والمغني .

(قوله : وخرج بقوله كل لواحد إلخ) عبارة شرح المنهج ومعلوم مما مر أي : في القسمة." (١)

."

(قوله : أو استوت) إلى قوله وعند **التراضي** في شرح المنهج إلا قوله : متقوم وقوله وصنف وقوله أو صنفين وكذا في المغني إلا قوله : أو ضأنتين إلى وكعبد .

(قوله : متقوم) الأولى تركه .

(قوله : نحو عبيد إلخ) أي كدواب أو أشجار أو غيرها من سائر العروض .

ا هـ .

مغني .

(قوله : وصنف) اقتصر شيخ الإسلام والمغني على النوع وقال البجيرمي : أراد بالنوع الصنف بدليل ما ذكره في أمثلة النوعين ؛ لأنه أصناف .

ا هـ .

(قوله : كثلاثة أعبد) زنجية .

ا هـ .

شرح المنهج .

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤١٦

(قوله : كذلك) أي قيمة .

(قوله : وكثلاثة يساوي إلخ) بأن يكون قيمة أحدهم مائة والآخرين مائة .

ا هـ .

مغني .

(قوله : إن زالت الشركة إلخ) أما إذا بقيت الشركة في البعض كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس به ويبقى له ربع الآخر فإنه لا إجبار في ذلك مغني وروض و شيخ الإسلام .

(قوله : وكعبد وثوب) عبارة المغني والأسنى أو من جنسين كما فهم بالأولى كعبد وثوب .

ا هـ .

(قوله : فلا إجبار) أي في ذلك وإن اختلط وتعذر التمييز كتمر جيد ورديء وإنما يقسم مثل هذا **بالتراضي** .

ا هـ .

مغني (قوله : وعند **التراضي** إلخ) متعلق بقوله قال الإمام إلخ .

(قوله : وعبر في الروض بما يصرح إلخ) عبارته مع شرحه ويشترط في غير قسمة الإجبار وهو القسمة الواقعة **بالتراضي** من قسمة الرد وغيرها وإن تولاها منصوب الحاكم **التراضي** قبل القرعة وبعدها ولا يشترط في القسمة بيع." (١)

"(وقسمة الأجزاء) بالإجبار **والتراضي** (إفراز) للحق أي : يتبين بها أن ما خرج لكل هو الذي ملكه كالذي في الذمة لا يتعين إلا بالقبض (في الأظهر) إذ لو كانت بيعا لما دخلها إجبار ، ولما جاز فيها الاعتماد على القرعة كذا قالوه وهو مشكل ؛ لأن قسمة التعديل بيع وقد دخلها الإجبار وجاز الاعتماد فيها على القرعة وجوابه أن كلا منهما لما انفرد ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخر ولم نقل بالتبين كما قلنا في الإفراز للتوقف هنا على التقويم وهو تخمين قد يخطئ ، ومن ثم كانت قسمة الرد بيعا لذلك وإنما وقع الإجبار في قسمة التعديل للحاجة إليه كما يبيع الحاكم مال المدين جبرا ولم يقع في الرد ؛ لأنه إجبار على دفع مال غير مستحق وهو بعيد .

وقيل : الإفراز بيع فيما لا يملكه من نصيب صاحبه إفراز فيما كان يملكه قبل القسمة ودخله الإجبار للحاجة وهذا أوجه في المعنى ومن ثم ج ر يا عليه في مواضع لكن المعتمد الأول ، ولا تتأثر القسمة بشرط فاسد إلا إذا كانت بيعا ، وقسمة الوقف من الملك لا تجوز إلا إذا كانت إفرازا ولا رد فيهما من المالك وإن كان فيها رد من أرباب الوقف بخلاف ما إذا كانت بيعا فإنها تمتنع مطلقا وفيها رد من المالك ؛ لأنه حينئذ يأخذ بإزاء ملكه جزءا من الوقف وهو ممتنع وإن نازع

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٢٠

في ذلك السبكي وغيره سواء أكان الطالب المالك أم الناظر أم الموقوف عليهم وفي شرح المهذب في الأضحية إذا اشترك جمع في بدنة أو بقرة لم تجز." (١)
."

(ويشترط في) قسمة (الرد الرضا) باللفظ (بعد خروج القرعة) ؛ لأنها بيع وهو لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى **التراضي** بعده (ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه) كقسمة تعديل وإفراز (اشترط) فيما إذا كان هناك قرعة (الرضا بعد القرعة في الأصح كقولهما رضينا بهذه القسمة) أو بهذا (أو بما أخرجته القرعة) ، أما في قسمة التعديل فلأنها بيع كقسمة الرد ، وأما في غيرها فقياسا عليها ؛ لأن الرضا أمر خفي فأنيط بظاهر يدل عليه ولا يشترط لفظ نحو بيع فإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين ، والآخر الآخر ، أو أحدهما الخسيس ، والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة إلى تراض ثان ، أما قسمة الإجبار فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها .

قيل : في كلامه خلل من أوجه : أن ما لا إجبار فيه هو قسمة الرد فقط وقد جزم باشتراط الرضا فيها فلزم التكرار والجزم أولا وحكاية الخلاف ثانيا وأنه عبر بالأصح وفي الروضة بالصحيح وأنه عكس ما بأصله فإنه لم يذكر فيه هذا الخلاف إلا في قسمة الإجبار .

قيل : فكأن المتن أراد أن يكتب ما فيه إجبار فكتب ما لا إجبار فيه ولعل عبارته ما الإجبار فيه فحرفت وبهذا يزول التكرار والتناقض والتعاكس وأنه أطلق الخلاف ومحله حيث حكموا قاسما فإن تولاها حاكم أو منصوبه جبرا لم يعتبر الرضا قطعا ولو نصبوا وكيلا عنهم اشترط رضاهم بعد القرعة قطعا ، وكذا لو قسموا بأنفسهم .

ا هـ .

حاصل ما أطالوا به وكله." (٢)

"تعسف وحاصل ما يندفع به كل ما أبدوه أن المراد بما لا إجبار فيه كما دل عليه السياق أنه لا إجبار فيه الآن باعتبار **التراضي** وإن كان فيه الإجبار باعتبار أصله ، وعبارة المحرر القسمة التي لا يجبر عليها إذا جرت **بالتراضي** والمراد بها ما ذكرته أيضا فحينئذ هما مسألتان ما يتعلق بالرد وما يتعلق بالتعديل والإفراز والخلاف في الثانية بقسميها له وجه نظرا إلى الرضا العارض وإلى الإجبار الأصلي كما أن الجزم في الأولى له وجه وكونه قواه هنا وضعفه في الروضة فكثيرا ما يقع له ولا اعتراض عليه فيه ؛ لأن منشأه الاجتهاد وهو يتغير
." (٣)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٢٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٣١

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٣٢

"(قوله : ولو تراضيا بقسمة ما لا إجبار فيه اشترط الرضا إلخ) عبارة المنهج وشرحه وشرط لقسمة ما قسم بتراض من قسمة رد وغيرها ولو بقاسم يقسم بينهما بقرعة رضيا بها بعد خروج القرعة وإن لم يحكما القرعة كأن اتفقا على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين ، والآخر الآخر ، أو أحدهما الخسيس ، والآخر النفيس ويرد زائد القيمة فلا حاجة إلى تراض ثان أما قسمة ما قسم إجبارا فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها .

ا هـ .

باختصار الأدلة بقي أنه ما المراد بجريان القسمة بالإجبار أو **بالتراضي** وقد أفاد ذلك عبارة الأنوار حيث قال : ولا يشترط الرضا في قسمة الإجبار لا عند إخراج القرعة ولا بعدها وهي أن يترافعا للحاكم لينصب قاسما ليقسم بينهما فيفعل ويقسم المنصوب ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما أو تقاسما بأنفسهما فيشترط **التراضي** بعد خروج القرعة ولا يكفي الرضا الأول ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها .

ا ه. .

ولما ساق الجلال المحلي أنه اعترض على قول المنهاج لا إجبار فيه بأن صوابه عكسه كما في المحرر وقال : ويجاب بأن المراد ما انتفى فيه الإجبار مما هو محله ، وهو أصرح في المراد مما في المحرر .

ا هـ .

قال شيخنا الشهاب البرلسي : وذلك ؛ لأن عبارة المحرر تصدق بما لو ترافعا للقاضي عن رضا منهما وسألاه أن يقسم بينهما قسمة إفراز أو تعديل فقسم بينهما وأقرع فإن إقراعه إلزام لهما لا يتوقف على رضا بعد ذلك كما أشار إليه الشارح فيما سلف صدر الباب بخلاف عبارة." (١)

"المنهاج باعتبار التأويل المذكور هذا غاية ما ظهر لي وهو مراده إن شاء الله تعالى والله أعلم .

ا هـ .

وقوله فإن إقراعه إلزام إلخ لا ينافيه قوله : في شرح الروض ويشترط في القسمة الواقعة **بالتراضي** من قسمة الرد وغيرها وإن تولاها منصوب الحاكم **التراضي** قبل القرعة وبعدها .

ا هـ .

لجواز حمله على تراضيهما بمنصوب الحاكم بدون ترافع للحاكم فيكون بمعنى قول الأنوار السابق ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما فليتأمل (قوله : وكله تعسف) يتأمل فإن نسبته إلى التعسف مع ظهور وروده والاحتياط إلى مخالفة الظاهر جدا في دفعه في غاية التعسف." (٢)

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٣٣

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٣٤

"(قول المتن ويشترط إلخ) أي إذا كان هناك قرعة .

ا هـ .

شرح المنهج ويأتي في الشارح ما يقيده .

(قوله : باللفظ) إلى قوله فحينئذ هما مسألتان في النهاية إلا لفظة قيل الثانية وقوله ومحله إلى وحاصل ما يندفع (قول المتن بعد خروج القرعة) أي وقبله روض وشيخ الإسلام ومغني .

(قوله : فافتقر إلى **التراضي** بعده) أي : كقبله شيخ الإسلام ومغني (قول المتن ولو تراضيا) أي : الشريكان مثلا .

ا هـ .

مغني .

(قوله : كقسمة تعديل إلخ) الكاف استقصائية كما يفيده قوله : الآتي فحينئذ فهما مسألتان إلخ (قول المتن اشترط الرضا إلخ) وظاهر أنه لا بد أن يعلم كل منهما ما صار إليه قبل رضاه عناني .

ا هـ .

بجيرمي وتقدم في شرح أو نوعين ما يفيده .

(قوله : فيما إذا كان هناك قرعة) سيذكر محترزه وكان الأولى تقديمه وكتابته عقب قول المصنف بعد خروج القرعة .

(قوله : وأما في غيرها) أي في قسمة الإفر از إذا قسمت **بالتراضي** .

ا هـ .

حلبي .

(قوله : ولا يشترط إلخ) أي في القسمة مطلقا .

ا هـ .

عميرة ويفيده كلام الشارح بعد .

(قوله : لفظ نحو بيع) الأولى القلب (قوله : نحو بيع) أي كتمليك .

ا هـ .

مغني .

(قوله : على أن يأخذ أحدهما أحد الجانبين إلخ) أي : في التعديل والإفراز وقوله أو أحدهما الخسيس إلخ أي : في الرد فقط .

(قوله : فلا حاجة إلى تراض ثان) ويمتنع على كل منهما بعد ذلك طلب قسمة أخرى ، ويتعين له ما اختاره .

ا هـ .

بجيرمي عن العزيزي .

(قوله : أما قسمة الإجبار إلخ) عبارة المنهج مع." (١)

"شرحه وشرط لقسمة ما قسم بتراض من قسمة رد وغيرها ولو بقاسم يقسم بينهما بقرعة رضا بها بعد خروج القرعة فإن لم يحكما القرعة إلخ أما قسمة ما قسم إجبارا فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها .

ا هـ .

باختصار بقي أنه ما المراد بجريان القسمة بالإجبار أو **بالتراضي** وقد أفاد ذلك الأنوار بما نصه ولا يشترط الرضا في قسمة الإجبار لا عند إخراج القرعة ولا بعدها وهي أن يترافعا للحاكم لينصب قاسما يقسم بينهما فيفعل ويقسم المنصوب ولو تراضيا بقاسم يقسم بينهما أو تقاسما بأنفسهما فيشترط **التراضي** بعد خروج القرعة ولا يكفي الرضا الأول ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها .

ا هـ .

ولما أجاب الجلال المحلي عن الاعتراض على قول المنهاج لا إجبار فيه بأن صوابه عكسه كما في المحرر بأن المراد ما انتفى فيه الإجبار مما هو محله وهو أصرح في المراد مما في المحرر قال شيخنا الشهاب البرلسي : وذلك لأن عبارة المحرر تصدق بما لو ترافعا للقاضي عن رضا منهما وسألاه أن يقسم بينهما قسمة إفراز أو تعديل فقسم بينهما وأقرع فإن إقراعه إلزام لهما لا يتوقف على رضا بعد ذلك كما أشار إليه الشارح في صدر الباب بخلاف عبارة المنهاج باعتبار التأويل المذكور هذا غاية ما ظهر لي وهو مراده إن شاء الله تعالى انتهى .

وقوله فإن إقراعه إلزام إلخ لا ينافي قول شرح الروض ويشترط في القسمة الواقعة **بالتراضي** من قسمة الرد وغيرها وإن تولاها منصوب الحاكم **التراضي** قبل القرعة وبعدها .." (٢)

"سومه - بل قال العلامة البكري: يستحب الشراء بعده.

اه.

(قوله: بعد تقرر ثمن) متعلق بحرم المقدر، أي وإنما يحرم السوم بعد تقرر الثمن.

(وقوله **بالتراضي** به) أي صريحا، وهو تصوير للتقرر، أي أن تقرر الثمن يكون **بالتراضي** عليه صريحا.

الشوبري: ولا بد أيضا بعد **التراضي** به من المواعدة على إيقاع العقد به وقت كذا، فلو اتفقا عليه ثم افترقا من غير مواعدة، لم يحرم السوم حينئذ.

كما نقله الامام عن الاصحاب.

اه.

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٣٥

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣/٤٣٦

وخرج بالتقرير المذكور: ما يطاف به على من يزيد فيه – فلا يحرم فيه ذلك –.

وفي ع ش ما نصه: وقع السؤال في الدرس عما يقع كثيرا بأسواق مصر: من أن مريد البيع يدفع متاعه للدلال، فيطوف به، ثم يرجع إليه، ويقول له استقر سعر متاعك على كذا، فيأذن له في البيع بذلك القدر: هل يحرم على غيره شراؤه بذلك السعر، أو بأزيد، أم لا ؟ فيه نظر.

والجواب عنه بأن الظاهر الثاني، لانه لم يتحقق قصد الضرر، حيث لم يعين المشتري، بل لا يبعد عدم التحريم – وإن عينه – لان مثل ذلك ليس تصريحا بالموافقة على البيع، لعدم المخاطبة من البائع والواسطة للمشتري.

اه.

(قوله: وإن فحش إلخ) أي يحرم السوم وإن فحش إلخ.

(وقوله: للنهي عنه) أي في الخبر المتقدم.

(قوله: وهو) أي السوم على السوم.

(وقوله: أن يزيد) أي السائم.

(وقوله: على آخر) أي على سوم آخر.

(وقوله: في ثمن ما يريد شراءه) أي في ثمن المتاع الذي يريد الآخر شراءه واستقر ثمنه.

(قوله: أو يخرج له أرخص) أي أو يخرج للمشتري متاعا أرخص من المتاع الذي سامه.

ومعنى كونه سائما في هذه على سوم غيره، أنه عرض بضاعته للسوم الواقع لسلعة غيره.

(قوله: أو يرغب المالك إلخ) فيه أن هذه الصورة عين الصورة الاولى: إذ إعطاء الزيادة في الثمن للمالك يرغب المالك في استرداده.

إلا أن يقال إن هذه الصورة مفروضة بعد العقد، وتلك قبله.

وعبارة التحفة: في تصوير السوم على السوم بأن يقول لمن أخذ شيئا ليشتريه بكذا رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو بأقل منه أو مثله بأقل، أو يقول لمالكه استرده لاشتريه منك بأكثر، أو يعرض على مريد الشراء أو غيره بحضرته مثل سلعة بأنقص أو أجود منها بمثل الثمن.

اه.

وهي ظاهرة.

(قوله: وتحريمه) أي السوم على السوم بعد البيع، أي العقد، (وقوله: أشد) أي من تحريمه قبل البيع وبعد **التراضي**، لان الايذاء هنا أكثر، وذلك بأن يبيع على بيع الغير، بأن يرغب المشتري في الفسخ ليبيعه خيرا منه بمثل ثمنه، أو مثله بأقل. أو يشتري على شرائه، بأن يرغب البائع في الفسخ ليشتريه منه بأكثر.

ومن ذلك أن يبيع مشتريا مثل المبيع بأرخص، أو يعرض عليه مثل السلعة ليشتريها أو يطلبها منه بزيادة ربح والبائع حاضر.

اه.

فتح الجواد.

وصريح ما ذكر: أن البيع على البيع، والشراء على الشراء، مندرجان في السوم على السوم، وأنه ليس مخصوصا بما كان قبل ال عقد، وهو خلاف مفاد عبارة المنهاج والمنهج من أنهما قسمان مستقلان، وأن السوم على السوم مخصوص بما كان قبل العقد وبعد تقرر الثمن.

(قوله: ونجش) أي وحرم نجش، وهو لغة: الاثارة - بالمثلثة -: لما فيا من إثارة الرغبة - يقال نجش الطائر: أثاره من مكانه - من باب ضرب.

اه.

بجيرمي.

(قوله: للنهي عنه) أي في خبر الصحيحين (قوله: وللايذاء) أي إيذاء المشتري.

(قوله: وهو) أي النجش (وقوله: أن يزيد في الثمن) أي لسلعة معروضة للبيع (قوله: لا لرغبته) أي في الشراء، أي أو لرغبة فيه لكن قصد إضرار غيره.

اه.

ع ش.

(قوله: بل ليخذع غيره) مثال لا قيد، لانه لو زاد: لنفع البائع ولم يقصد خديعة غيره: كان الحكم كذلك.

اه.

نهاية.

(قوله: وإن

كانت الزيادة) أي يحرم ذلك وإن كانت الزيادة في مال محجور عليه، كيتيم (قوله: ولو عند نقص القيمة) أي قيمة السلعة المعروضة للبيع.

(قوله: على الاوجه) مقابله يجوز الزيادة عند نقص القيمة.

(قوله: ولا خيار للمشتري إلخ) وقيل له الخيار للتدليس، كالتصرية.." (١)

"مطلق لفعل محذوف: أي وينتظر سيده انتظارا.

(قوله: فإن أبطأ سيده) أي تراخى في طلب عبده.

(قوله: باعه الحاكم) أي أو يؤجره إن أمن عليه.

(قوله: فإذا جاء سيده فليس له غير الثمن) أي وليس له فسخ البيع، لان ما صدر من الامام كان نيابة شرعية عنه.

تتمة: في القسمة وهي تمييز بعض الانصباء من بعض.

والاصل فيها قبل الاجماع قوله تعالى: * (وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) *.

---

(١) إعانة الطالبين، ٣٢/٣

فكان يجب إعطاء المذكورين شيئا من التركات في صدر الاسلام، ثم نسخ الوجوب وبقي الندب، وأخبار كخبر الصحيحين: كان رسول الله (ص) يقسم الغنائم بين أربابها.

والحاجة داعية إليها ليتمكن كل واحد من الشريكين أو الشركاء من التصرف في نصيبه استقلالا، ويتخلص من سوء المشاركة، واختلاف الايدي.

وأركانها ثلاثة: قاسم ومقسوم ومقسوم له، ويشترط في القاسم المنصوب من جهة الامام أهلية الشهادات، وعلمه بالقسم ة وكونه عفيفا عن الطمع، حتى لا يرتشي ولا يخون، فإن لم يكن منصوبا من جهة الامام بل تراضى عليه الشريكان أو الشركاء ولم يحكموه في القسمة، لم يشترط فيه إلا التكليف، فإن حكموه، إشترط فيه ما اشترط في منصوب الامام.

واعلم أن القسمة على ثلاثة أنواع: أحدها: القسمة بالنظر للاجزاء المتساوية، كقسمة المثليات من حبوب وغيرها، فتجزأ الانصباء كيلا في مكيل ووزنا في موزون، وتسمى هذه القسمة قسمة المتشابهات، لان الاجزاء فيها متشابهة قيمة وصورة وقسمة الافراز، لكونها أفرزت لكل من الشركاء نصيبه.

ثانيها: القسمة بالتعديل: أي التقويم بأن تعدل السهام بالقيمة، كقسمة أرض تختلف قيمة أجزائها بقوة إنبات أو قرب ماء، أو بسبب ما فيها.

كبستان بعضه نخل وبعضه عنب، وتكون الارض بينهما نصفين، ويساوي قيمة ثلث الارض مثلا قيمة ثلثيها.

وثالثا: القسمة بالرد وهي التي يحتاج فيها الرد أحد الشريكين للآخر مال ا أجنبيا، كأن يكون في أحد جانبي الارض المشتركة بئر، أو شجر مثلا لا يمكن قسمته، فيرد من يأخذه بالقسمة قسط قيمة البئر أو الشجر.

فلو كانت قيمة كل من البئر أو الشجر مثلا ألفا رد الاخذ لذلك الجانب الذي فيه البئر أو الشجر خمسمائة، لانها نصف الالف.

والنوع الاول من أنواع القسمة الثلاثة إقرار للحق: أي يتبين به أن ما خرج لكل هو الذي ملكه لا يبيع، والنوعان الآخران بيع لكن لا يفتقر للفظ نحو بيع أو تمليك وقبول، بل يقوم الرضا مقامهما.

ويشترط للقسمة الواقعة **بالتراضي** في الانواع الثلاثة رضا بها بعد خروج القرعة إن حكموا بالقرعة، كأن يقولوا رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجته القرعة بخلاف القسمة بالاجبار، وهو لا يكون إلا في قسمة الافراز والتعديل دون الرد، فلا يدخلها إجبار فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها.

فإن لم يحكموا بالقرعة كأن اتفقوا على أن يأخذ أحدهم هذا القسم وال آخر ذاك القسم، وهكذا بتراضيهم كما يقع كثيرا، فلا حاجة إلى رضا آخر، والله سبحانه تعالى أعلم.

---

(١) سورة النساء، الاية: ٨.." (١)

---

(١) إعانة الطالبين، ٢٨٢/٤

"سومه – بل قال العلامة البكري: يستحب الشراء بعده.

اه.

(قوله: بعد تقرر ثمن) متعلق بحرم المقدر، أي وإنما يحرم السوم بعد تقرر الثمن.

(وقوله بالتراضي به) أي صريحا، وهو تصوير للتقرر، أي أن تقرر الثمن يكون بالتراضي عليه صريحا.

الشوبري: ولا بد أيضا بعد التراضي به من المواعدة على إيقاع العقد به وقت كذا، فلو اتفقا عليه ثم افترقا من غير مواعدة، لم يحرم السوم حينئذ.

كما نقله الامام عن الاصحاب.

اه.

وخرج بالتقرير المذكور: ما يطاف به على من يزيد فيه – فلا يحرم فيه ذلك –.

وفي ع ش ما نصه: وقع السؤال في الدرس عما يقع كثيرا بأسواق مصر: من أن مريد البيع يدفع متاعه للدلال، فيطوف به، ثم يرجع إليه، ويقول له استقر سعر متاعك على كذا، فيأذن له في البيع بذلك القدر: هل يحرم على غيره شراؤه بذلك السعر، أو بأزيد، أم لا ؟ فيه نظر.

والجواب عنه بأن الظاهر الثاني، لانه لم يتحقق قصد الضرر، حيث لم يعين المشتري، بل لا يبعد عدم التحريم – وإن عينه – لان مثل ذلك ليس تصريحا بالموافقة على البيع، لعدم المخاطبة من البائع والواسطة للمشتري.

اه.

(قوله: وإن فحش إلخ) أي يحرم السوم وإن فحش إلخ.

(وقوله: للنهي عنه) أي في الخبر المتقدم.

(قوله: وهو) أي السوم على السوم.

(وقوله: أن يزيد) أي السائم.

(وقوله: على آخر) أي على سوم آخر.

(وقوله: في ثمن ما يريد شراءه) أي في ثمن المتاع الذي يريد الآخر شراءه واستقر ثمنه.

(قوله: أو يخرج له أرخص) أي أو يخرج للمشتري متاعا أرخص من المتاع الذي سامه.

ومعنى كونه سائما في هذه على سوم غيره، أنه عرض بضاعته للسوم الواقع لسلعة غيره.

(قوله: أو يرغب المالك إلخ) فيه أن هذه الصورة عين الصورة الاولى: إذ إعطاء الزيادة في الثمن للمالك يرغب المالك في استرداده.

إلا أن يقال إن هذه الصورة مفروضة بعد العقد، وتلك قبله.

وعبارة التحفة: في تصوير السوم على السوم بأن يقول لمن أخذ شيئا ليشتريه بكذا رده حتى أبيعك خيرا منه بهذا الثمن أو بأقل منه أو مثله بأقل، أو يقول لمالكه استرده لاشتريه منك بأكثر، أو يعرض على مريد الشراء أو غيره بحضرته مثل

سلعة بأنقص أو أجود منها بمثل الثمن.

اه.

وهي ظاهرة.

(قوله: وتحريمه) أي السوم على السوم بعد البيع، أي العقد، (وقوله: أشد) أي من تحريمه قبل البيع وبعد **التراضي**، لان الايذاء هنا أكثر، وذلك بأن يبيع على بيع الغير، بأن يرغب المشتري في الفسخ ليبيعه خيرا منه بمثل ثمنه، أو مثله بأقل.

أو يشتري على شرائه، بأن يرغب البائع في الفسخ ليشتريه منه بأكثر.

ومن ذلك أن يبيع مشتريا مثل المبيع بأرخص، أو يعرض عليه مثل السلعة ليشتريها أو يطلبها منه بزيادة ربح والبائع حاضر.

اه.

فتح الجواد.

وصريح ما ذكر: أن البيع على البيع، والشراء على الشراء، مندرجان في السوم على السوم، وأنه ليس مخصوصا بما كان قبل ال عقد، وهو خلاف مفاد عبارة المنهاج والمنهج من أنهما قسمان مستقلان، وأن السوم على السوم مخصوص بما كان قبل العقد وبعد تقرر الثمن.

(قوله: ونجش) أي وحرم نجش، وهو لغة: الاثارة - بالمثلثة -: لما فيا من إثارة الرغبة - يقال نجش الطائر: أثاره من مكانه - من باب ضرب.

اه.

بجيرمي.

(قوله: للنهي عنه) أي في خبر الصحيحين (قوله: وللايذاء) أي إيذاء المشتري.

(قوله: وهو) أي النجش (وقوله: أن يزيد في الثمن) أي لسلعة معروضة للبيع (قوله: لا لرغبته) أي في الشراء، أي أو لرغبة فيه لكن قصد إضرار غيره.

اه.

ع ش.

(قوله: بل ليخذع غيره) مثال لا قيد، لانه لو زاد: لنفع البائع ولم يقصد خديعة غيره: كان الحكم كذلك.

اه.

نهاية.

(قوله: وإن

كانت الزيادة) أي يحرم ذلك وإن كانت الزيادة في مال محجور عليه، كيتيم (قوله: ولو عند نقص القيمة) أي قيمة السلعة المعروضة للبيع.

(قوله: على الاوجه) مقابله يجوز الزيادة عند نقص القيمة.

(قوله: ولا خيار للمشتري إلخ) وقيل له الخيار للتدليس، كالتصرية.." (١)

"مطلق لفعل محذوف: أي وينتظر سيده انتظارا.

(قوله: فإن أبطأ سيده) أي تراخى في طلب عبده.

(قوله: باعه الحاكم) أي أو يؤجره إن أمن عليه.

(قوله: فإذا جاء سيده فليس له غير الثمن) أي وليس له فسخ البيع، لان ما صدر من الامام كان نيابة شرعية عنه.

تتمة: في القسمة وهي تمييز بعض الانصباء من بعض.

والاصل فيها قبل الاجماع قوله تعالى: * (وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) *.

فكان يجب إعطاء المذكورين شيئا من التركات في صدر الاسلام، ثم نسخ الوجوب وبقي الندب، وأخبار كخبر الصحيحين: كان رسول الله (ص) يقسم الغنائم بين أربابها.

والحاجة داعية إليها ليتمكن كل واحد من الشريكين أو الشركاء من التصرف في نصيبه استقلالا، ويتخلص من سوء المشاركة، واختلاف الايدي.

وأركانها ثلاثة: قاسم ومقسوم ومقسوم له، ويشترط في القاسم المنصوب من جهة الامام أهلية الشهادات، وعلمه بالقسم ة وكونه عفيفا عن الطمع، حتى لا يرتشي ولا يخون، فإن لم يكن منصوبا من جهة الامام بل تراضى عليه الشريكان أو الشركاء ولم يحكموه في القسمة، لم يشترط فيه إلا التكليف، فإن حكموه، إشترط فيه ما اشترط في منصوب الامام.

واعلم أن القسمة على ثلاثة أنواع: أحدها: القسمة بالنظر للاجزاء المتساوية، كقسمة المثليات من حبوب وغيرها، فتجزأ الانصباء كيلا في مكيل ووزنا في موزون، وتسمى هذه القسمة قسمة المتشابهات، لان الاجزاء فيها متشابهة قيمة وصورة وقسمة الافراز، لكونها أفرزت لكل من الشركاء نصيبه.

ثانيها: القسمة بالتعديل: أي التقويم بأن تعدل السهام بالقيمة، كقسمة أرض تختلف قيمة أجزائها بقوة إنبات أو قرب ماء، أو بسبب ما فيها.

كبستان بعضه نخل وبعضه عنب، وتكون الارض بينهما نصفين، ويساوي قيمة ثلث الارض مثلا قيمة ثلثيها.

وثالثا: القسمة بالرد وهي التي يحتاج فيها الرد أحد الشريكين للآخر مال ا أجنبيا، كأن يكون في أحد جانبي الارض المشتركة بئر، أو شجر مثلا لا يمكن قسمته، فيرد من يأخذه بالقسمة قسط قيمة البئر أو الشجر.

فلو كانت قيمة كل من البئر أو الشجر مثلا ألفا رد الاخذ لذلك الجانب الذي فيه البئر أو الشجر خمسمائة، لانها نصف الالف.

والنوع الاول من أنواع القسمة الثلاثة إقرار للحق: أي يتبين به أن ما خرج لكل هو الذي ملكه لا يبيع، والنوعان الآخران بيع لكن لا يفتقر للفظ نحو بيع أو تمليك وقبول، بل يقوم الرضا مقامهما.

---

(١) حاشية إعانة الطالبين، ٣٢/٣

ويشترط للقسمة الواقعة **بالتراضي** في الانواع الثلاثة رضا بها بعد خروج القرعة إن حكموا بالقرعة، كأن يقولوا رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجته القرعة بخلاف القسمة بالاجبار، وهو لا يكون إلا في قسمة الافراز والتعديل دون الرد، فلا يدخلها إجبار فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها.

فإن لم يحكموا بالقرعة كأن اتفقوا على أن يأخذ أحدهم هذا القسم وال آخر ذاك القسم، وهكذا بتراضيهم كما يقع كثيرا، فلا حاجة إلى رضا آخر، والله سبحانه تعالى أعلم.

---

(١) سورة النساء، الاية: ٨.." (١)

"بالمعاملة الفاسدة وقبض كل من العاقدين ما وقع عليه العقد ففي الدنيا يجب على كل أن يرد ما قبضه إن كان باقيا وبدله إن كان تالفا ولا مطالبة لأحد منهما في الآخرة لحصول القبض **بالتراضي** نعم على كل منهما إثم الإقدام على العقد الفاسد ع ش على م ر

قوله (هذا) أي قوله غمض إلى هنا وهي إحدى عشرة مسألة فقوله إذا تيقن راجع لجميعها ا ه ع ش

قوله (وامتداد جلدة وجه) عبارة م ر وانخفاض صدغه

قوله (فإن شك في موته أخر ذلك) أي وجوبا لاحتمال إغماء ونحوه وينبغي أن الذي يجب تأخيره هو الدفن دون الغسل والتكفين فإنهما بتقدير حياته لا ضرر فيهما نعم إن خيف منهما ضرر بتقدير حياته حقيقة امتنع فعلهما ع ش على م ر

قوله (ولو قاتل نفسه) هي للرد على القول الآخر القائل بعدم وجوب تجهيز قاتل نفسه بل يقول إنه سنة كما قرره شيخنا وهي للرد أيضا على الإمام أحمد القائل بأن هذا لا يجب فيه غسل ولا صلاة وعبارة أصله وقاتل نفسه كغيره في الصلاة عليه ا ه

قوله (فرض كفاية) وإن تكرر موته بعد حياته حقيقة ويحرم تركه على من علم به ولو غير قريب وعلى جار قصر في علمه بعدم البحث قال في بسط الأنوار لو ولد شخصان معا ملتصقان ومات أحدهما فإن أمكن فصله من الحي من غير ضرر يلحق الحي وجب غسله والصلاة عليه ودفنه وإلا وجب أن يفعل بالميت الممكن من الغسل والتكفين والصلاة وامتنع دفنه لعدم إمكانه وينتظر سقوطه فإن سقط وجب دفنه وإن ماتا معا وكان أحدهما ذكرا والآخر أنثى وأمكن فصلهما فالظاهر وجوب الفصل وإن لم يمكن فعلنا ما أمكن فعله ويراعى الذكر في استقبال القبلة ا ه شوبري باختصار

قوله (بالإجماع) أي في الجملة فلا يرد أن الغسل فيه قول بالسنية وهو وقول للإمام مالك شيخنا

---

(١) حاشية إعانة الطالبين، ٤/٢٨٢

قوله (ولو جنبا) غاية للرد على الحسن البصري القائل بأنه يجب غسلان أحدهما للجنابة والآخر للموت كما قرره شيخنا

قوله (تعميم بدنه) أي حتى ما يظهر من فرج الثيب عند جلوسها على قدميها وما تحت قلفة الأقلف فإن تعذر غسله فإن كان ما تحتها طاهرا يمم عنه وإن كان نجسا كان كفاقد الطهورين أي فيدفن بعد غسل بقية بدنه بلا صلاة عليه كما سيأتي ح ل

قوله (وكأنه) أي النووي ترك الاستدراك أي على الرافعي أي تعقبه بأن يقول قلت الأصح أن الغسلة تكفي لهما أي للحدث والنجس كما قاله في الغسل للعلم به من ذاك أي فالحكمان متحدان قرره شيخنا

قوله (أو لأن الغالب الخ) لأن النجس ييبس على الميت وهذا يفيد أن الميت يخالف الحي فلو فرض زوال النجس بالغسلة الأولى لا يكتفي بها عن الحدث تأمل ح ل

قوله (وبما ذكر) أي بقوله وأقل غسله تعميم بدنه حيث لم يقل بنية ا هـ ح ف

وقوله علم أنه لا تجب نية الغاسل أي على الأصح ومقابله تجب لأنه غسل واجب فافتقر إلى نية كغسل الجنابة كما ذكره م ر

في شرحه

قال الشوبري وانظر حكم نية تيممه وقضية التعليل وجوبها إلا أن يقلل لما كان بدلا عما لا نية له أعطى حكمه ا هـ

وجزم حج بعدم وجوب النية فيه

وعبارة ق ل على الجلال قوله نية الغاسل ولا من ييمم

قوله (وهي لا تتوقف على نية) قد يشكل عليه الإغسال المسنونة كغسل الجمعة لأن المقصود منها النظافة إلا أن يجاب بأن متعاطي الإغسال المسنونة يحتاج إلى نية لتتميز عبادته عن عادته والميت لا عادة له يطلب التميز عنها

ويفرق بين متعاطي الغسل بنفسه ومتعاطيه عن غيره شوبري

قوله (فيكفي غسل كافر) مضاف لفاعله

قوله (فلا يسقط الفرض عنا إلا بفعلنا) أي معاشر المكلفين فدخل الجن فيكتفي بتغسيلهم والمراد جنس المكلفين فيدخل الصبيان والمجانين وإن لم يكن لهم نوع تمييز فلو غسل الميت نفسه كرامة اكتفى بذلك

ولا يقال المخاطب بالفرض غيره لجواز أنه إنما خوطب غيره بذلك لعجزه فإن أبى بذلك كرامة كفى ا هـ

ح ل

و ع ش

على م ر

". (١)

"وغيرها وفي اتحاده يقدم في المعية بالفضل وفي غيرها بالسبق ويقرع بين الأولياء في المعية ويقدم في غيرها بالسبق تأمل

قوله (الرجل) أي من الأموات

قوله (ثم المرأة) أي البالغة ثم الصبية قياسا على الذكر ح ف

قوله (فإن كانوا ذكورا) أي تمحضوا ذكورا أو تمحضوا إناثا زاد في بعض النسخ أو خناثى والصواب إسقاطه لأنه لا تقديم فيهم كما ذكره بعده والتقديم المذكور هو في جهة القبلة كما قاله السنباطي

قوله (قدم إليه أفضلهم) أي فيكونون مصفوفين من الإمام إلى جهة القبلة وعبارة شرح م ر جعلوا بين يديه واحدا خلف واحد إلى جهة القبلة ليحاذي الجميع وقدم إليه أفضلهم الخ

قال الشوبري فإن استووا في الصفات فإن رضي الأولياء بتقديم أحدهم فذاك وإلا أقرع لا يقال التقديم حق للميت فلا يسقط بالتراضي لأن محله ما لم يساوه غيره وإلا فلا حق له فيه قاله في الإيعاب

قوله (وقدم إليه الأسبق) أي إن كانوا من جنس واحد فلا ينافي ما يأتي في قوله فلو سبقت أنثى ثم حضر رجل أو صبي أخرت عنه لأن ذاك مفروض في اختلاف الجنس تأمل شيخنا

قوله (فلو سبقت أنثى) مقابل لمحذوف تقديره هذا إن اتحد الجنس فلو اختلف وسبقت أنثى الخ وقال بعضهم الأولى تقديم قوله فلو سبقت أنثى عقب قوله وقدم إلى الإمام الرجل الخ لأن الحكم عند اختلاف الجنس لا يختلف بالترتيب والمعية فذكره بعد الترتيب أي بعد قوله مرتبة لا يظهر لأن تقديم الأسبق في الترتيب خاص باتحاد الجنس والجنس في هذا مختلف ا هـ

قوله (ولو حضر خناثى) انظر هذا مع قوله فيما تقدم أو خناثى قدم إليه أفضلهم إلا أن يقال هذا بيان للتقديم فيهم ا هـ شوبري أي إن التقديم في غير الخناثى أن يكون واحدا بعد واحد إلى جهة القبلة وأما في الخناثى فبأن يجعلهم صفا صويلا عن يمين الإمام ويقدم إلى يمين الإمام أسبقهم إن ترتبوا وأفضلهم إن لم يترتبوا

قوله (رأس كل) أي فيكونون صفا طويلا عن يمين الإمام

قوله (عند رجل الآخر) فتكون رجل الثاني عند رأس الأول وهكذا ا هـ عميرة

وعبارة الشارح تصدق بما إذا جعل رجل الأول للإمام ح ل

قوله (ولو وجد جزء ميت مسلم الخ) ولو وجد ميت أو بعضه ولم يعلم أمسلم هو أم كافر فحكمه كاللقيط فإن وجد في دار كفار ولا مسلم فيها فكافر وإلا فمسلم على الأصح

ولو قطع رأس إنسان وحمل إلى بلد والجثة في غيرها صلى على الجثة حيث هي وعلى الرأس حيث هو ولا تكفي الصلاة على أحدهما قاله في الكافي ز ي

---

(١) حاشية البجيرمي، ١/٤٥٢

وعبارة ق ل على الجلال قوله بقصد الجملة أي وجوبا إن كانت بقيته قد غسلت ولم يصل عليها وندبا إن كانت قد صلى عليها فإن لم تغسل البقية وجبت الصلاة على العضو بنيته فقط فإن نوى الجملة لم تصح فإن شك في غسل البقية لم تجز نيتها إلا إن علق كما قاله حج

وأما المشيمة المسماة بالخلاص فكالجزء لأنها تقطع من الولد فهي جزء منه

وأما المشيمة التي فيها الولد فليست جزءا من الأم ولا من الولد ق ل

وبرماوي

ولو كان الجزء الموجود شعرا فهل يجب أن يدفن فيما يمنع الرائحة أو لا لأن الشعر لا رائحة له فيكتفي بما يصونه عن الانتهاك عادة وإن لم يمنع الرائحة لو بان هناك رائحة فيه نظر

ويحتمل أن يشترط ذلك لأنه أقل مسمى الدفن شرعا وما دون ذلك ليس دفنا شرعيا وهل يجب توجيه الجزء للقبلة بأن يجعل على الموضع الذي يكون عليه ولو كان متصلا بالجملة ووجهت للقبلة فيه نظر ولا يبعد الوجوب ع ش على م ر

قوله (بعد غسله الخ) تعبيرهم بالغسل في العضو يقتضي أنه لا يأتي فيه التيمم وهو كذلك إن لم يكن من أعضاء التيمم ويدفن بعد لفه في خرقة بلا طهارة ولا صلاة وإلا وجب تيممه والصلاة عليه وتعبيرهم بستره بخرقة يفهم عدم اعتبار اللفائف فيه ولو كان أكثر من النصف مثلا

قال شيخنا ويظهر أنه إن سمى رجلا

". (١)

"أصل الروضة الصحة وجرى عليه البغوي وغيره وهو المعتمد لأن الصلح من الألف على بعضه إبراء للبعض واستيفاء للباقي فلا فرق بين المعين وغيره س ل

قوله (وصح بلفظ نحو إبراء) أي صح الصلح بلفظ صلح مع لفظ نحو إبراء فما يوهمه كلامه من صحته بمجرد نحو لفظ الإبراء ليس مرادا ح ل

قال م ر وعلم مما قررناه انقسام الصلح إلى ستة أقسام بيع وإجارة وعارية وهبة وسلم وإبراء ويزاد على ذلك أن يكون خلعا ومعاوضة عن دم العمد كصالحتك من كذا على ما تستحقه علي من قصاص وجعالة

وفداء كقوله الحربي صالحتك من كذا على إطلاق هذا الأسير وفسخا كان صالح من المسلم فيه على رأس مال السلم وتركها المصنف لأخذها مما ذكر

قوله (وصالحتك الخ) أتى بهذا ليكون صلحا وإلا فما قبله يكفي في الإبراء إلا أنه لا يقال له صلح شيخنا

---

(١) حاشية البجيرمي، ٤٨٥/١

وعبارة ق ل قوله وصالحتك راجع لجميع ألفاظ الإبراء واحتيج إلى لفظ الصلح مع الإبراء وإن كان كافيا هو وما بعده في حصول البراءة ليكون من أنواع عقد الصلح فيشترط فيه سبق الخصومة ولا يحتاج لقبول نظرا للفظ الإبراء كما ذكره

قوله (بخلاف العقد الخ) أي غير منضم إلى لفظ نحو الإبراء ح ل

فقوله بلفظ الصلح أي المحض

قوله (من الدائن) أي في الأولى

وقوله والمدين أي في الثانية

وعبارة م ر إذ هو من الدائن وعد في الأولى بإلحاق الأجل وصفة الحلول لا يصح إلحاقها

وفي الثانية وعد من المديون بإسقاط الأجل وهو لا يسقط والتكسير والصحة كالحلول والتأجيل ا هـ بحروفه

وكتب الرشيدي على قوله وصفة الحلول صوابه أن يقول وصفة التأجيل ا هـ أي لأن الكلام فيه

قوله (لا إن ظن) أي لا إن ظن الدافع أن العقد ملزم للحلول

وقوله فلا يصح التعجيل اعتمده م ر قال وينشأ من هذا مسألة تعم بها البلوى وهي ما لو وقع بينهما معاملة ثم صدر بينهما تصادق مبني على تلك المعاملة بأن كلا منهما لا يستحق على الآخر شيئا مع ظنهما صحة المعاملة ثم بان فسادها تبين فساد التصادق وإن كان عند الحاكم ا هـ

وسئل م ر عند تقرير ذلك عما يقع عند تصادقهما على أن كلا لا يستحق على الآخر حقا ولا دعوى ثم يدعي نسيان شيء ويريد أن يدعي به فهل يقبل فقال الذي كان الوالد يعتمده أنه إن تعرض في التصادق لنفي الجهل والنسيان بأن قال لا أستحق عليه حقا ولا دعوى ولا يمينا لا عمدا ولا سهوا ولا جهلا ثم ادعى السهو ونحوه لم يقبل ولا يصح دعواه أخذا من قولهم لو حلف لا يدخل لا سهوا ولا عمدا ولا جهلا فدخل حنث وإن كان ناسيا أو جاهلا لأنه غلظ على نفسه وإن لم يتعرض لذلك قبل دعوى النسيان ا هـ ع ش

قوله (فيسترد ما دفعه) فلو أراد بعد ذلك أن يجعله عن الدين من غير استرداد فهل يصح أم لا بد من رده وإعادته يتأمل ذلك سم على منهج والظاهر الأول لأنه **بالتراضي** كأنه ملكه تلك الدراهم بماله عليه من الدين فأشبه ما لو باع العين المغصوبة للغاصب بماله عليه من الدين ع ش على م ر

قوله (أو صالح من عشرة الخ) معطوف على مدخول لا وانظر حكمة تقدير صالح دون جرى مع أنه بمعناه ويمكن أن يقال إنه تفنن

قوله (أو عكس لغا) لا يقال لو حذف لغا من هنا واكتفى بالمذكورة بعد قوله أو كان على غير إقرار كان أولى لمراعاته الاختصار ما أمكن لأنا نقول ذكره هو الصواب لأنه من تتمة صور قوله فإن كان على إقرار الخ

وقوله أو كان على غير إقرار الخ قسيم له ع ش

قوله (أو كان على غير إقرار لغا) خلافا للأئمة الثلاثة ولو أقر بعد الصلح لم يفد إقراره صحة الصلح لأن شرط الصحة سبق الإقرار ح ل

قوله (ثم تصالحا عليها) كأن قال صالحتك منها عليها وهذا تصوير المنهاج الآتي أو قال صالحتك منها على نصفها أو قال صالحتك منها أو من بعضها على ثوب مثلا ففي هذه الصور الأربع الصلح باطل لأنه على إنكار كما أفاده شيخنا

وعبارة ح ل ثم تصالحا عليها أي كلا أو بعضا

قال ع ش أي وكان ادعى جميعها

قوله (أو على غير

". (١)

"بأن تقدر قبله أن لأنه يقتضي أن التسليم جائز للسيد مع أنه واجب عليه

قوله (من وقت العادة) ولو اختلف غرض الزوج والسيد روعي الزوج لأن السيد ورط نفسه بتزويجها ح ل

قوله (حين استخدامها) قضيته أنه إنما يسقط من الكسوة ما يقابل الذي استخدمها فيه فقط وقياس ما في النشوز أن تسقط كسوة الفصل باستخدام بعضه ولو يوما وأن نفقة اليوم تسقط باستخدام بعضه على ما يأتي في نشوز بعض اليوم ع ش على م ر

قوله (ولا يلزمه أن يخلو بها) فلو فعل ذلك أي الاختلاء بها في بيت السيد أو غيره فلا نفقة عليه شرح م ر أي حيث استخدمها السيد وإلا وجبت عليه لتسليمها له ليلا ونهارا ع ش على م ر

قوله (ببيت بدار سيدها) أو بجواره وذكر حج أن ظاهر كلامهم أنه لو عين له بيتا له ولو بعيدا عنه لا تلزمه إجابته لما فيه من المنة ح ل

وفي ع ش على م ر قوله لأن الحياء الخ قضيته أنه لو عين السيد بيتا بجواره مستقلا وجب على الزوج السكنى فيه لانتفاء ما علل به من أن المروأة والحياء الخ ولعله غير مراد

قوله (لأن الحياء والمروأة) فلو كان الزوج ولدا لسيدها وله ولاية إسكانه لسفه أو مرودة مع الخوف عليه لو انفرد كان للسيد ذلك لانتفاء المعنى المذكور ح ل

قوله (ولو قتل أمته) ولو مع مشاركة أجنبي أي عمدا أو خطأ أو شبه عمد أو تسبب في ذلك بأن وقعت في بئر حفرها عدوانا ح ل

قوله (أو قتلت نفسها) ولو مع مشاركة أجنبي وكذا لو قتلت الزوج أو قتله سيدها أو قتلت الحرة زوجها والحالة هذه أي قبل الوطء وظاهره وإن كان قتلها له بحق ح ل

---

(١) حاشية البجيرمي، ٣/٥

ودخل في الأمة المبعضة وهو الذي اعتمده م ر

وقال ز ي وخ ط يسقط ما يقابل الرق فقط ق ل على الجلال

قوله (أو ماتتا) أي الحرة والأمة

قوله (ولو قبل الوطء) راجع للصور السبع قبله لأن قوله أو ماتتا فيه صورتان أي سواء كانت السور السبع قبل الوطء أو بعده فالحاصل أن في كلامه أربع عشرة صورة يضم إليها صورتان خارجتان بقوله قبل وطء ويزاد عليها ثلاث صور خارجة بقول ز ي وح ل وكذا لو قتلت الزوج أو قتلت سيدها أو قتلت الحرة زوجها قبل وطء في الجميع فالحاصل أن الصور التي لا يسقط المهر فيها تسعة عشر

قوله (بعد الوطء) متعلق بقوله باعها

قوله (فإن وجب في ملك المشتري) أو بعد عتقها ويكون لها شوبري

وعبارة م ر ولو أعتقها فلها مما ذكر ما للمشتري ولمعتقها ما للبائع

قوله (بعد البيع) راجع للجميع أي كذا بعد العتق

قوله (ولو زوج أمته عبده الخ) والظاهر أن المبعض بالنسبة إلى بعضه الحر كالحر فيجب بقسطه ولم أر فيه نقلا

ا هـ قوت ا هـ ز ي

كتاب الصداق وجمعه في القلة أصدقة وفي الكثرة صدق بضمتين قال ابن مالك لاسم مذكر رباعي بمد ثالث أفعلة عنهم اطرد وقال أيضا وفعل لاسم رباعي بمد قد زيد قبل لام اعلالا فقد وهو مشتق من الصدق بفتح الصاد اسم للشديد الصلب بفتح الصاد فكأنه أشد الأعواض لزوما من جهة عدم سقوطه **بالتراضي** ز ي

وقيل بكسرها كما يدل عليه قول الشارح لإشعاره بصدق رغبة الخ

قوله (هو) أي شرعا

قوله (ما وجب بنكاح) ومعناه لغة المسمى قال في المختار يقال أصدق المرأة إذا سمى لها صداقا فيكون المعنى الشرعي أعم من اللغوي عكس القاعدة على القول الأول في المعنى الشرعي

وأما على الثاني فمساوله

قوله (أو وطء) أي في المفوضة أو الشبهة ومنها النكاح

---

(١) ".

"ينبغي أن يقول كأب وأخ إذ الكلام هنا في دية الكامل وأما غيره كالمرأة فسيأتي رشيدي

قوله (لعظم حرمة الثلاثة) استشكل التغليظ في الأشهر الحرم بأن تحريم القتال فيها منسوخ

---

(١) حاشية البجيرمي، ٤٠٣/٣

وأجيب بأن أثر ذلك مراعى وإن نسخ كما في دين اليهود مثلا

قوله (ولا رمضان) وإن كان سيد الشهور لأن المتبع في ذلك التوقيف شرح م ر

قوله (والأول) أي محرم الرضاع والمصاهرة

قوله (وارد الخ) أي لأن المحرمية فيهما ليست من الرحم م ر

قوله (فحذفت) بالمعجمتين وقيل بإهمال الأولى ح ل

قوله (فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم) أي بين أن دية الخ ويمكن جعله بمعنى حكم وتقدر الباء في قوله أن ع ش

قوله (على عاقلتها) متعلق بقضى الأول والثاني

قوله (وقتلها شبه عمد) هذا يدل على أن الخذف بالمعجمة ح ل

قوله (والمعنى فيه) أي في وجوب دية الخطأ وشبه العمد على العاقلة

قوله (بما هو) أي بقتل هو الخ

قوله (بما يثبت الرد في البيع) وهو ما ينقص العين أو القيمة نقصا فاحشا وإنما ألحقت به لأنها تشبه من حيث كونها عوضا عن شيء بخلاف الأضحية مثلا ا هـ عميرة

قوله (من المستحق) أي الأهل للتبرع ا هـ زي

قوله (في الذمة) أي ثابت في الذمة وهذا الظرف خبران قرىء السالم بالنصب وحال إن قرىء بالرفع ع ش

وأشار الشارح بقوله في الذمة إلى الفرق بين هذا والزكاة في أخذ المريض من المراض لتعلق الزكاة بالعين ا هـ سم

قوله (ومن لزمته الدية) أي الكاملة المنصرف إليها عند الإطلاق وبها يخرج من لزمه الأرش أو الحكومة فيخير بين النقد والإبل ق ل على الجلال

قوله (أو عاقلة) ولو اختلفت محال العاقلة أخذ واجب كل من غالب محله وإن كان فيه تشقيص لأنها هكذا وجبت شرح م ر

ولا يشكل هذا بما يأتي في بابها حيث قال وعلى غني نصف دينار الخ لأن المراد هناك المقدار الواجب من قيمة الإبل لا الذهب عينا كما أوضحه الرافعي هناك

قوله (فمن إبله) أي غالبها تؤخذ إن تنوعت وإلا تخير ح ل

قوله (أقرب محل) أي دون مسافة القصر ح ل

قوله (فيلزمه نقلها) ما لم تبلغ مؤنة نقلها مع قيمتها أكثر من ثمن المثل ببلد العدم فإنه لا يجب حينئذ نقلها كما جرى عليه ابن المقري وهو أحسن من الضبط بمسافة القصر س ل

قوله (وبذلك) أي بوجوب الترتيب على الدافع المستفاد من العطف بالفاء ا هـ ح ف

قوله (لكن قال في البيان الخ) أجيب بالفرق بين الصلح عن إبل الدية وبين **التراضي** بالقيمة بدلها بأن الصلح عقد اعتياض فاعتبر فيه العلم بالمعقود عليه **والتراضي** بقيمة الإبل تنزيل لها منزلة المعدومة التي يرجع إلى قيمتها بدلها بدون تعاقد س ل

قوله (كذا أطلقوه) أي جواز العدول **بالتراضي** أي لم يبنوه على جواز الصلح عن إبل الدية أخذا مما بعده

قوله (وقضيته) أي قضية التعليل بجهالة الصفة

قوله (لو علمت) أي بأن تعينت ويرد عليه أن تعيينها لا يقتضي أن القيمة مأخوذة عن أعيانها وإن علمت صفاتها لأن المستحق لا يملكها بالتعيين ليكون أخذ القيمة عوضا عنها وإنما القيمة مأخوذة عما في الذمة

---

(١) ".

"أراد بالنوع الصنف بدليل ما ذكره في المحترزلان الذي ذكره فيه أصناف قوله لم يختلف فاعله ضمير يعود على النوع وقوله متقومة بالجر صفة لمنقولات وبدل لذلك قول الشارح فيما يأتي بخلاف منقولات نوع اختلف وصرح به الأجهوري على خط وحاصل ما ذكره أربعة قيود ولم يأخذ الشارح مفهوم الثالث وهو قوله متقومة فخرج به المثلية وقد تقدمت في قسمة الافراز قوله أو منقولات أنواع المراد بها إما يشمل الاجناس بدليل المثال الثاني قوله على قسمة التعديل انظر لم خص قسمة التعديل مع أنه يمكن قسمة الافراز فيما ذكره لأن الدكاكين إن كانت مستوية القيمة ففراز وإن اختلف فيها بسبب بناء ونحوه فتعديل قوله أعيانا صفة لموصوف محذوف أي قسمة أعيانا بأن طلب الشركاء جعل حصصهم دكاكين صحاحا فخرج به ما لو كانت غير أعيان بأن طلبوا قسمة كل دكان نصفين شيخنا عزيزي وعلى هذا فقوله أعيانا يغني عن قوله إن زالت الشركة فهو ل ازم له وقال ح ف أعيانا بأن أراد كل منهم الاستقلال بأعيان أي بإفراد منها وهو بمعناه وقال ح ل أعيانا أي مستوية القيمة أ هـ وأخذه من قول م ر ولو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة مستوية القيمة لا يحتمل أحدها القسمة فطلب أحدهما قسمة أعيانها أجيب أن زالت الشركة بها تأمل قوله شيخنا قوله باختلاف المحال هذا ظاهر في الدكاكين المتباعدة دون المتلاصقة لعدم اختلاف المحال التي هي فيها لا أن يقال اختلاف الغرض فيها باختلاف أبنيتها كما أشار إليه بقوله والأبينة وقد يقال هذا يأتي في الصغار قولهما مر أي في قسمة الأجزاء من قوله ودار متفقة الأبنية الخ ع ن و س ل قوله غير أعيان بأن يقسم كل منها قوله وتقييد الحكم في المنقولات الخ فيه أن ق زالت الشركة من كلام الشارح فكيف يكون من زيادته ويجاب بأنه أخذه من كلام المتن فيما بعد فيكون فيه إشارة إلى أن قول المتن إن زالت الشركة راجع إليه أيضا ف ه ي من زيادته بهذا الاعتبار قوله كما مرت الاشارة إليه أي في قوله سابقا إن زالت الشركة بالقسمة كما سيأتي قوله لما قسم بتراض بأن كان الرضا شرط وهو قسمة الرد أم لا وهو غيرها ع ن و س ل كبعض أنواع قسمة التعديل أي فيما إذا أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده كما ذكره الشارح في قوله نعم إن أمكن قسمة الجيد الخ وكذا في غير ذلك البعض إذا لم يحصل امتناع بأن اقتسما باختيارهما من

---

(١) حاشية البجيرمي، ٤/١٦١

غير اجبار قوله من قسمة رد وغيرها من تعديل وافراز ولا يلزم من كونها قسمت بتراض إنه لا يدخلها اجبار سم قوله رضا بها أي بلفظ يدل عليه لأن الرضا أمر خفي فوجب أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه م ر قوله وأما في غيرها وهو قسمة الافراز إذا قسمت **بالتراضي** ح ل قوله كقولهما الخ وظاهر أنه لا بد أن يعلم

". (١)

"فصل : في الصداق بفتح الصاد وكسرها مأخوذ من الصدق لإشعاره بصدق رغبة الزوج في الزوجة وقيل مشتق من الصدق بفتح الصاد وسكون الدال اسم للشديد الصلب فكأنه أشد الأعواض لزوما من جهة عدم سقوطه **بالتراضي** ويندب كونه من الفضة وجمعه أصدقة وصدق والأول جمع قلة والثاني كثرة وأشار للأول في الخلاصة بقوله في اسم مذكر رباعي بمد ثالث أفعلة عنهم اطرد وللثاني بقوله وفعل لاسم رباعي بمد قد زيد قبل لام إعلالا فقد وله ثمانية أسماء مجموعة في بيت صداق ومهر نحلة وفريضة حباء وأجر ثم عقر علائق وزاد بعضهم ثلاثة في بيت فقال وطول نكاح ثم خرص تمامها ففرد وعشر عد ذاك موافق ويزاد على ذلك صدقة فتكون اثني عشر ونطق القرآن العظيم منها بستة الصدقة والنحلة ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ ونكاح ﴿ وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا ﴾ وأجر ﴿ وآتوهن أجورهن ﴾ وفريضة ﴿ ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ﴾ وطول ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا ﴾ ووردت السنة بالباقي والعقر بالضم في الأصل اسم لدية فرج المرأة ثم استعمل في المهر وقيل الصداق ما وجب بغيره كوطء الشبهة قوله (أشهر من كسرها) وقال الزمخشري الكسر أفصح عند أصحابنا البصريين قوله (ما وجب بنكاح) هو أعم من قولهم مال لأن هذا شامل للمال والمنفعة نعم شموله للاختصاص ليس مرادا لما سيأتي من أن ما صح ثمنا صح صداقا وهذا معناه الشرعي وأما معناه اللغوي فهو ما وجب بالنكاح وعلى هذا." (٢)

"و) إن كانت مفوضة بأن قالت رشيدة لوليها زوجني بلا مهر ففعل (وجب المهر بثلاثة أشياء) أي بواحد منها : الأول : (أن يفرضه) أي يقدره (الزوج على نفسه) قبل الدخول ولها حبس نفسها ليفرض لها ليكون على بصيرة من تسليم نفسها ولها بعد الفرض حبس نفسها لتسليم المفروض الحال كالمسمى في العقد ، أما المؤجل فليس لها حبس نفسها له كالمسمى في العقد .

ويشترط رضاها بما يفرضه الزوج ؛ لأن الحق لها ، فإن لم ترض به فكأنه لم يفرض ؛ وهذا كما قاله الأذرعي إذا فرض دون مهر المثل ، أما إذا فرض لها مهر مثلها حالا من نقد البلد وبذله لها وصدقته على أنه مهر مثلها فلا يعتبر رضاها ؛ لأنه عبث .

ولا يشترط علم الزوجين حيث تراضيا على مهر بقدر مهر المثل ؛ لأنه ليس بدلا عنه ، بل الواجب أحدهما ويجوز فرض

---

(١) حاشية البجيرمي، ٣٧٢/٤

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢٨١/١٠

مؤجل بالتراضي وفوق مهر المثل .

والثاني : ما أشار إليه بقوله : (أو يفرضه الحاكم) إذا امتنع الزوج من الفرض لها أو تنازعا في قدر المفروض كم يفرض ؛ لأن منصبه فصل الخصومات ، ولكن يفرضه الحاكم حالا من نقد البلد كما في قيم المتلفات لا مؤجلا ولا بغير نقد البلد وإن رضيت الزوجة بذلك ؛ لأن منصبه الإلزام بمال حال من نقد البلد ، ولها إذا فرضه حالا تأخير القبض بل لها تركه بالكلية ؛ لأن الحق لها ويفرض مهر مثل بلا زيادة ولا نقص .

ويشترط علم الحاكم بمهر المثل حتى لا يزيد عليه ولا ينقص عنه إلا بالتفاوت اليسير ، ولا يصح فرض أجنبي من ماله ؛ لأنه." (١)

"المثل .

قوله : (بالتراضي) أي من الزوجين .

قوله : (أو يفرضه الحاكم) أي بعد تقدم دعوى صحيحة منها عنده ، والمراد بالحاكم الذي تقع الدعوى بين يديه .

قوله : (لأن منصبه) بكسر الصاد بوزن مسجد .

ا هـ .

مصباح .

قوله : (فصل الخصومة) وإلزام المعاند .

قوله : (من نقد البلد) المراد بالبلد بلد الفرض يوم الفرض ونقد ذلك اليوم على المعتمد ، وفي كلام ابن حجر بلد الفرض فيما يظهر ، قال : وعليه فهل يعتبر يوم العقد أو الفرض كل محتمل ، قال : ولا ينافي قولنا بلد الفرض من عبر ببلد المرأة لاستلزام الفرض حضورها أو حضور وكيلها ؛ فالتعبير ببلد الفرض لتدخل هذه الصورة أولى .

قوله : (كما في قيم المتلفات) أي من كونها يشترط أن تكون حالة من نقد البلد .

قوله : (ولا بغير نقد البلد) المناسب ولا من غير نقد البلد .

قوله : (ويشترط) أي في نفوذ الحكم وجواز الإقدام على الفرض علم الحاكم إلخ ، حتى لو فرض غير عالم ثم تبين الأمر كذلك لم يصح .

وعبارة الشوبري : فإن قلت ينبغي أن يكون هذا شرطا لجواز تصرفه لا لنفوذه لو صادفه في نفس الأمر .

قلت : لا بل الذي دل عليه كلامهم أنه شرط لهما ؛ لأن قضاء القاضي مع الجهل لا ينفذ وإن صادف الحق ، فعلمه شرط لجواز الإقدام وللتقرير .

قوله : (ولا يصح فرض أجنبي) أي لا يلزم الزوجين الرضا به ، فإن رضيا به صح والمراد بالأجنبي ما ليس وليا ولا سيدا

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢٩١/١٠

ولا وكيلا ولا ولدا يلزمه إعفاف أصله .

قوله : (من ماله) ليس بقيد ،." (١)

"(و) يجب (على المتوفى عنها) زوجها (و) على (المبتوتة) أي المقطوعة عن النكاح ببينونة صغرى أو كبرى إذ البت القطع (ملازمة البيت) أي الذي كانت فيه عند الفرقة بموت أو غيره وكان مستحقا للزوج لائقا بها لقوله تعالى : ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ أي بيوت أزواجهن وأضافها إليهن للسكنى .

﴿ ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ قال ابن عباس وغيره ، الفاحشة المبينة هي أن تبذو على أهل زوجها وليس للزوج ولا لغيره إخراجها ولا لها خروج منه وإن رضي به الزوج إلا لعذر .

كما سيأتي لأن في العدة حقا لله تعالى والحق الذي لله تعالى لا يسقط **بالتراضي** وخرج بقيد المبتوتة الرجعية فإن للزوج إسكانها حيث شاء في موضع يليق بها وهذا ما في حاوي الماوردي والمهذب وغيرهما من كتب العراقيين ، لأنها في حكم الزوجة وبه جزم النووي في نكته والذي في النهاية وهو مفهوم المنهاج كأصله أنها كغيرها وهو ما نص عليه في الأم كما قاله ابن الرفعة وغيره .

وهو كما قال السبكي : أولى لإطلاق الآية قال الأذرعي : إنه المذهب المشهور والزركشي إنه الصواب ولأنه لا يجوز له الخلوة بها فضلا عن الاستمتاع فليست كالزوجة ثم استثنى من وجوب ملازمة البيت قوله : (إلا لحاجة) أي فيجوز لها الخروج في عدة وفاة وعدة وطء شبهة ونكاح فاسد وكذا بائن ومفسوخ نكاحها وضابط ذلك كل معتدة لا تجب نفقتها ولم يكن لها من يقضيها حاجتها لها الخروج في النهار لشراء طعام وقطن وكتان وبيع." (٢)

"قوله : (وشرائط وجوب القصاص) المراد بها الجنس ، أو ما فوق الواحد بدليل الأخبار .

قوله : (بعد الشروط) أي غير الشروط الخمسة أي بالنظر لما زاده الشارح ، وإلا فالذي قاله المصنف فيما تقدم أربعة وهذا يفيد أن شروط القصاص في النفس شروط له في الطرف وزاد عليها اثنين وصح الإخبار به عن شرائط ، لأنه أريد بها الجنس ، أو أطلق الجمع على اثنين مجازا أو حقيقة على قول .

ا هـ .

رحماني .

قوله : (اليمنى باليمنى) نائب فاعل لمحذوف تقديره فتقطع اليمنى إلخ .

قوله : (فلا تقطع يسار بيمين) أي لا يجوز ذلك ولا يعتد به ، وإن تراضيا عليه يقع قصاص ، وفي المقطوعة بدلا من الدية دون القصاص ، نعم **التراضي** المذكور يتضمن العفو عن القصاص فتجب الدية برماوي والباء في قوله " بيمين " داخلة على المجني عليه وكذا فيما بعده .

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢٩٨/١٠

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢٨٤/١١

قوله : (في البدن) أي في اسمه أو وصفه ، كما يؤخذ من أمثلته ق ل ، ونسخة ال بدل أي الدية .

قوله : (أي الجاني) لعل النسخة " للجاني " بلامين ، أو كلامه على حذف مضاف أي طرف الجاني إلخ تأمل .

قوله : (أو شلت) بفتح أوله قال في المصباح شلت يده شللا من باب تعب ا هـ وأصله شللت بكسر اللام الأولى ثم أدغمت إحدى اللامين في الأخرى وقوله يده أي الجاني قوله لانتفاء المماثلة أي حال الجناية قوله بغير إذن الجاني ليس بقيد بل مثله ما إذا أذن له في قطعها قصاصا وأما إذا أذن له في القطع وأطلق فقد استوفى حقه ولا يلزمه شيء وإن مات الجاني بالسراية لأنه أذن له في." (١)

"قوله : (ثم ما عظم ضرر قسمته إلخ) تكميل للأقسام لأن المتن تكلم على قسمة ما لا ضرر فيه وسواء كان الضرر لكل الشركاء أو بعضهم كما : في مسألة العشر المذكورة .

وقوله : منعهم أي كلهم إن كان الضرر للجميع أو منع من لحقه الضرر كصاحب العشر في الصورة الآتية .

قوله : (إن بطل نفعه) المقصود منه أي على حالته التي هو عليها لا ما يطرأ قصده ح ل .

قوله : (منعهم الحاكم منها) أي وجوبا ، ولو تنازع الشركاء فيما لا يقسم انتفعوا به مهايأة ولكل الرجوع متى شاء أو أجروه لبعضهم أو لغيرهم .

فإن لم يرضوا بذلك أجبرهم الحاكم على إجارته إن أمكن وإلا فعلى الانتفاع به مهايأة .

ا هـ .

برماوي .

قوله : (لم يمنعهم) لأن الحق لهم ولم يجبهم لما فيه من الضرر وعبارة شرح م ر .

لم يمنعهم لإمكان الانتقاع بما صار إليه منه على حاله أو باتخاذه محلا صغيرا كدكان ولا يجبهم إلى ذلك لما فيه من إضاعة المال وكان مقتضى ذلك منعه لهم غير أنه رخص لهم فعل ما ذكر بأنفسهم تخلصا من سوء المشاركة ، نعم بحث جمع أخذا مما مر من بطلان بيع جزء معين من نفيس أن ما هنا في سيف خسيس وإلا منعهم ا هـ .

قال ع ش : عليه وإطلاقهم يخالفه .

ويفرق بين ما هنا وثم بأن ذاك التزام فيه ما يؤدي إلى النقص بعقد .

وقد منعه الشرع من التسليم فقلنا بفساده .

ولا كذلك هنا فإن كسر السيف بمجرد **التراضي** أشبه ما لو قطع ذراعا من ثوب نفيس .

لغرض البيع وهو جائز كما مر ا هـ .

قوله : (كحمام) هو محل." (٢)

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١٤/١٢

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٤٩٢/١٣

"قوله : (صورة وقيمة) سواء كان مثليا أو متقوما فمثال المثلي الدراهم والحبوب والأدهان ، ومثال المتقوم : أرض متفقة الأجزاء ودار متفقة الأبنية .

قوله : (فهو الأول) وهو قسمة الأفراز وقوله : فالثاني أي قسمة التعديل وقوله : فالثالث أي الرد .

قوله : (القسمة بالأجزاء) ويصح قسمة الإفراز فيما تعلقت الزكاة به قبل إخراجها ثم يخرج كل زكاة ما آل إليه ولا تتوقف صحة تصرفه على إخراج الزكاة س ل .

قوله : (وإلى هذا النوع والنوع الثاني) وأما النوع الثالث فلم يدخل في كلامه لأنه لا إجبار فيه كما يأتي وقد قال : هنا لزم الآخر إجابته .

والحاصل : أن قوله : وإلى هذا النوع والنوع الثاني يقتضي أن القسمين داخلان في المتن مع أن الشارح سيذكر القسم الثاني بقوله : النوع الثاني إلخ .

والجواب : أن ذكر الشارح له زيادة إيضاح وبيان لأمثلته وفروعه .

قوله : (متفقة الأبنية) قال في شرح العباب : بأن كان في جانب منها بيت وصفة .

وفي الجانب الآخر كذلك والعرصة مستوية الأجزاء .

ا هـ .

سم .

قوله : (وأرض مستوية الأجزاء) أي متساوية في القوة والضعف ، وليس فيها نحو زرع فتقسم وحدها ولو إجبارا ، فإن كان فيها زرع لم تصح قسمته وحده ولا قسمتهما معا ، نعم إن كان لم يبد صلاحه جازت قسمتهما معا **بالتراضي** ، ويجوز قسمة الكتان بعد نفض رءوسه ومعياره الوزن .

قال شيخنا : ويصح قسمة الثمر على الشجر من نخل وعنب خرصا ولا يصح قسمة غيرهما ، وشملت الأرض شركة الوقف ولو مسجدا." (١)

"وقسم الأجرة بينهم ، ولا تصح قسمة الديون في الذمم ولو **بالتراضي** .

وكل من أخذ منها شيئا لا يختص به ، كذا قالوا هنا : فانظره ، مع قولهم إن محل عدم الاختصاص في ثلاث مسائل فيما يأخذه أحد الورثة من الدين الموروث ، وفيما يأخذه أحد سيدي المكاتب من نجوم الكتابة ، وفيما يأخذه أحد الموقوف عليهم من ريع الوقف عليهم فراجع وحرر .

ا هـ .

ق ل على الجلال .." (٢)

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٤٩٧/١٣

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ١٢/١٤

"المبيع وتلف في يده ولم يوف بدله أما ما قبض بالمعاملة الفاسدة وقبض كل من العاقدين ما وقع عليه العقد ففي الدنيا يجب على كل أن يرد ما قبضه إن كان باقيا وبدله إن كان تالفا ولا مطالبة لأحد منهما في الآخرة لحصول القبض **بالتراضي** نعم على كل منهما إثم الإقدام على العقد الفاسد ا هـ ع ش على م ر قوله وامتداد جلدة وجه عبارة شرح م ر وانخفاض صدغه انتهت قوله فإن شك في موته أخر ذلك أي وجوبا ا هـ شرح م ر وينبغي أن الذي يجب تأخيره هو الدفن دون الغسل والتكفين فإنهما بتقدير حياته لا ضرر فيهما نعم إن خيف منهما ضرر بتقدير حياته امتنع فعلهما ا هـ ع ش عليه قوله أخر ذلك أي وجوبا لاحتمال إغماء أو نحوه فائدة حكى ابن عساكر أن يعقوب الماجشون جد عبد الملك لما وضع على السرير ليغسل واجتمع الناس للصلاة عليه فوجد الغاسل تحت رجليه عرقا يتحرك فقال أرى أن يؤخر غسله إلى غد فلما أصبحوا جاء الناس للصلاة عليه فوجده كذلك فصرف عنه الناس ثم كذلك في اليوم الثالث ثم استوى جالسا وقال اسقوني فسقوه فسألوه عن حاله فقال عرج بروحي إلى سماء الدنيا ففتح لي الباب ثم كذلك إلى السماء السابعة فقيل للملك الذي عرج بي من معك فقال الماجشون فقيل إنه بقي من عمره كذا كذا سنة وكذا كذا شهرا وكذا كذا يوما وكذا كذا ساعة ثم هبط بي فرأيت النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ وأبا بكر عن يمينه وعليا عن يساره وعمر بن عبد العزيز بين يديه فقلت للملك الذي معي إنه قريب المنزلة من رسول الله ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ فقال إنه عمل بالحق في زمن الجور وهما عملا بالحق في زمن الحق ا هـ برماوي قوله وتجهيزه فرض كفاية أي وإن تكرر موته بعد حياته حقيقة ويحرم تركه على من علم به ولو غير قريب وعلى جار قصر في علمه بعدم البحث عنه تنبيه مشروعية الغسل والحنوط والسدر والكافور وكون الثياب وترا والصلاة والدفن بهذه الكيفيات من خصائص هذه الأمة فلا تعارض أن الملائكة غسلت آدم وصلت عليه وقالت لبنيه هذه سنتكم من بعده ا هـ برماوي وبحث م." (١)

"دينارا صحيحا بوزنهما لزمه قبوله لأن الغرض لا يختلف بذلك ما لو أعطاه في الأولى صحيحا أكثر من دينار كأن يكون وزنه دينارا ونصفا فلا يلزمه قبوله لضرر الشركة إلا **بالتراضي** فيجوز فلو أراد أحدهما كسره وامتنع الآخر لم يجبر عليه لضرر القسمة ا هـ ع ش عليه وقوله مثلا راجع لباع أي أو أجر أو جاعل وهكذا وقوله أو نقدان مثلا راجع لنقدين أي أو ثلاثة أو أكثر تأمل لكن عبارة حج بعد قول المتن أو نقدان أي أو عرضان آخران ولم يغلب أحدهما وتفاوتا قيمة أو رواجا اشترط التعيين لأحدهما في العقد لفظا انتهت قوله وثم نقد غالب أي في محل العقد سواء أكان كل منهما من أهله ويعلم نقوده أم لا كما اقتضاه إطلاقهم والدينار إذا أطلق يحمل على الدينار الشرعي وهو المثقال لا على الدينار الذي يتعامل به الآن من البندقي وغيره لأن ذلك عرف الشرع وهو مقدم على عرف غيره والأشرفي مجمل فلا بد من بيانه في العقد باللفظ وإلا بطل لأنه يصدق على ما يقابل عشرة أنصاف وعلى ما يقابل خمسة وعشرين نصفا والنصف إذا أطلق صادق على الفلوس والفضة فلا بد من البيان إذا اختلفت قيمتهما وإلا بطل العقد وإن استوت لم يجب البيان ويدفع ما شاء ا هـ برماوي تنبيه في الخلع من الروض ما نصه فرع الدراهم أي والدنانير في المعاملات والخلع المنجز تنزل على غالب نقد البلد وتنزل في الخلع المعلق والإقرار على الإسلامية لا على الناقصة أو الزائدة وإن

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٣/٦٤٥

غلب التعامل بها إلا إن قال المعلق أردتها أو اعتيدت ولا يجب سؤاله فإن أعطت المرأة لا من غالب نقد البلد طلقت وله أن يرده ويطالب بالغالب وإن غلبت المغشوشة وأعطتها لم تطلق ا هـ وقوله والإقرار على الإسلامية قال في شرحه أي لا على الغالب ولا على الناقص ا هـ شوبري قوله أيضا وثم نقد غالب أي في مكان البيع قال في التحفة سواء كان كل منهما من أهلها أي بلد البيع ويعلم نقودها أو لا على ما اقتضاه إطلاقهم ا هـ وفيه وقفة لمنافاته التعليل الآتي ولأنه." (١)

"بمعنى النهي أي فلا يقال السوم على السوم يقع من الناس كثيرا فيلزم الخلف في كلام النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ ا هـ ع ش على م ر قوله فغيرهما مثلهما فالذمي والمعاهد والمستأمن مثل المسلم وخرج الحربي والمرتد فلا يحرم ومثلهما الزاني المحصن بعد ثبوت ذلك عليه وتارك الصلاة بعد أمر الإمام ويحتمل أن يقال بالحرمة لأن لهما احتراما في الجملة ا هـ ع ش على م ر قوله وإنما يحرم ذلك إلخ ولا بد في **التراضي** به صريحا من المواعدة على إيقاع العقد به وقت كذا فلو اتفقا عليه ثم افترقا من غير مواعدة لم يحرم السوم حينئذ كما نقله الإمام عن الأصحاب ا هـ شوبري قوله بعد تقرر ثمن وقع السؤال في الدرس عما يقع كثيرا بأسواق مصر من أن مريد البيع يدفع متاعه للدلال فيطوف به ثم يرجع إليه ويقول استقر سعر متاعك على كذا فيأذن له في البيع بذلك القدر هل يحرم على غيره شراؤه بذلك السعر أو بأزيد أم لا فيه نظر وال جواب عنه بأن الظاهر الثاني لأنه لم يتحقق قصد الضرر حيث لم يعين المشتري بل لا يبعد عدم التحريم وإن عينه لأن مثل ذلك ليس تصريحا بالموافقة على البيع لعدم المخاطبة من البائع والواسطة للمشتري ا هـ ع ش على م ر قوله صريحا قال الجلال المحلي ففي السكوت وغير الصريح لا يحرم ومن غير الصريح حتى أشاور عليك كما في الكفاية والمطلب ا هـ برماوي قوله بأن يقول لمن أخذ شيئا إلخ ومثل ذلك ما لو أشار له بما يحمله على ذلك وهو ظاهر لوجود العلة وكذا يقال في جميع ما يأتي وعليه فالإشارة هنا ولو من الناطق كاللفظ ولا يشكل ذلك بتصريحهم بأن إشارة الناطق لغو إلا فيما استثنى لأن ذلك في الإشارة بالعقد والحل بمعنى أنه لا يصح بها بيع ولا شراء ولا يقع بها طلاق ولا عتق وما هنا ليس من ذلك قاله المحلي ولو باع أو اشترى صح ا هـ وظاهره الصحة مع الحرمة ويوجه بوجود العلة فيه وهي الإيذاء ا هـ ع ش على م ر قول ه أو يقول لمالكه استرده إلخ أو يعرض على مريد الشراء أو غيره بحضرته مثل السلعة بأنقص." (٢)

"وعكس هذه ما لو رد البائع الثمن لعيب ظهر به وقد تلف المبيع عند المشتري كأن أعتقه فيرجع البائع على المشتري ببدل المبيع من مثل أو قيمة ففي صورة الإعتاق يرجع عليه بقيمة العبد لا على بيت المال كما قاله بعضهم هذا هو الذي استقر عليه كلام ع ش على م ر قوله وقد تلف الثمن أما لو بقي فله الرجوع في عينه وله الرجوع إلى بدله **بالتراضي** سواء كان معينا في العقد أم عما في الذمة في المجلس أو بعده وحيث رجع ببعضه أو كله لا أرش له على البائع إن وجده ناقص وصف كأن حدث به شلل كما أنه يأخذه بزيادته المتصلة مجانا نعم إن كان نقصها أي القيمة

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥/٣٧٣

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥/٥٢٩

بجناية أجنبي أي يضمن كما هو ظاهر استحق الأرش على البائع وهو له الرجوع على الأجنبي ولو أبرأه من بعض الثمن أو كله ثم رد المبيع بالعيب فهل يطالب بذلك أو لا الأوجه كما هو قياس ما يأتي في الصداق أنه لا يرجع في الإبراء من جميع الثمن بشيء وفي الإبراء من بعضه إلا بالباقي ولو وهب البائع للمشتري الثمن قيل يمتنع الرد وقيل يرد ويطالب ببدل الثمن وهو الأوجه ولو أداه أصل عن محجوره رجع بالفسخ للمحجور لقدرته على تمليكه وقبوله له أو أجنبي رجع للمشتري أيضا لا للمؤدي كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ا هـ شرح م ر وقوله إن وجده ناقص وصف قال في شرح العباب وفارق ما يأتي من أن نقص المبيع أدنى نقص يبطل رد المشتري بعيب قديم لكونه من ضمانه لأنه ثم اختار الرد والبائع هنا لم يختره ومن ثم لو اختار رد الثمن المعين بالعيب انعكس الحكم فيضمن نقص الصفة ولم يضمن المشتري نقص صفة المبيع ا هـ وقوله فيضمن نقص الصفة قضية إطلاقه أن له حينئذ الرد قهرا وقياس البيع خلافه ا هـ سم على حج وقوله وهو الأوجه والفرق بينه وبين الإبراء أن البائع تحصل على شيء في الهبة من جهة المشتري ثم وهبه له بخلافه في الإبراء فإن البائع لم يدخل في يده شيء من جهة المشتري حتى يرده أو بدله وقوله كما أفتى به الوالد رحمة الله تعالى عليه فما." (١)

"امتنع من الحلف حلف البائع ثانيا واستحق الأرش ولا يكتفى منه باليمين السابقة لأنها لدفع الرد وهذه لطلب الأرش فالمقصود من كل منهما غير المقصود من الأخرى انتهت قوله بل للمشتري أن يحلف إلخ أي فيما إذا طلب البائع تحليفه بعد دعوى أنه يستحق الأرش فلو نكل عن اليمين حلف البائع واستحق ا هـ ح ل قوله بل للمشتري أن يحلف إلخ بأن ينشئ البائع الدعوى ثانيا ليطالب بأرش الحادث بعد الفسخ أو الإقالة بالتراضي ا هـ شيخنا عبد الوهاب الطنتدائي قوله وتعلم صنعة إلخ هو من الزيادة المتصلة ولو لمعلم والقصارة والصبغ كالمتصلة من حيث إنه لا شيء له في نظيرها على البائع في الرد وكالمنفصلة من حيث إنه لا يجبر معها على الرد فله الإمساك وطلب الأرش كذا قاله شيخنا فتأمله ا هـ ق ل على الجلال قوله وكبر شجرة اعترض بما يأتي في الصداق فيما إذا أصدقها شجرة وكبرت ثم طلقها قبل الدخول بأن كبر الشجرة يمنع الرد لأنه زيادة ونقص ويجاب بأن جانب الزوجة لما لحقها من الكسر بالفراق يراعى أكثر من البائع هنا بدليل الزيادة المتصلة تتبع الأصل هنا وفي سائر الأبواب إلا الصداق ا هـ شوبري قوله إذ لا يمكن إفرادها أي بالعقد وأشار بهذا إلى ضابط المتصلة والمنفصلة فالأولى هي التي لا يمكن إفرادها بالعقد والثانية هي التي يمكن إفرادها به ا هـ شيخنا أو المراد بقوله لا يمكن إفرادها أي فصلها عن محلها قوله كحمل قارن بيعا هو تنظير لأمثال بدليل عود الكاف وعدم عطفه على ما مثل به وأيضا الغرض أنه قارن فلم يكن زيادة قال الشارح في شرح البهجة بعد تقرير ما ذكر ويمكن جعله مثالا بحذف مضاف أي وكزيادة الحمل بمعنى نموه وكبره ا هـ شوبري ويكون قد حذف العاطف وهو جائز قوله فإن نقصت بها وكان عالما إلخ المعتمد أنها متى نقصت بالولادة فلا رد له مطلقا أي علم

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥/٦٦٦

بالحمل أو جهله لأنه وإن كان النقص حصل بسبب جرى عند البائع و هو الحمل فالفرق بينه وبين القتل بالردة السابقة أو القطع بالجناية." (١)

"وبطيخ هذه أمثلة للثمر ومثاله للزرع بيع البرسيم ونحوه فلا يصح إلا بشرط القطع لأنه مما يغلب فيه التلاحق بزيادة طوله واشتباه المبيع بغيره وطريق من أراد شراءه للرعي أن يشتريه بشرط القلع ثم يستأجر الأرض مدة يتأتى فيها رعيه وفي هذه تكون الربة للمشتري أما إن اشتراه بشرط القطع وأخر **بالتراضي** أو دونه فالزيادة للبائع حتى السنابل فإن بلغ البرسيم إلى حالة لا يغلب فيها زيادة واختلاط صح بيعه مطلقا وبشرط القطع وبشرط الإبقاء حتى يستوفيه بالرعي ونحوه ا هـ ع ش على م ر وهذا كله إذا تميزت الزيادة فإن لم تتميز فهي للمشتري مطلقا وفي ق ل على الجلال تنبيه ما زاد في الشجر أو الزرع المبيع إن لم يتميز كغلظ العود فللمشتري مطلقا وكذا إن تميز إلى آخر ما تقدم من التفصيل قوله عند خوف الاختلاط فإن لم يخف بأن أمكن التمييز بين اللاحق والسابق صح البيع فيما بدا صلاحه بغير شرط القطع روض وهذا يقتضي أن الظرف له مفهوم وما صنعه الحواشي من أنه متعلق بمحذوف تقديره ويكلف القطع عند خوف الاختلاط يفيد أن لا مفهوم له ولا يفيد هذا الحكم ا هـ وفي ق ل على الجلال ما نصه قوله عند خوف متعلق بقطع فليس من الصيغة فلو سكت عنه الشارح لكان أولى لأنه يجب فيه القطع من وقت العقد عملا بالشرط قوله لزوال المحذور السابق وهو عدم القدرة على التسليم قوله كما مر لعل المراد في قوله فصل جاز بيع ثمر بدا صلاحه ا هـ ح ل قوله خير مشتر وهو خيار عيب فيكون فوريا ولا يتوقف على حاكم لصدق حد العيب السابق عليه فإنه بالاختلاط صار ناقص القيمة لعدم الرغبة فيه حينئذ ا هـ شرح م ر فإن أجاز المشتري ولم يسمح بائع جاء فيه ما يأتي ولا يخفى أن صاحب اليد حينئذ البائع ا هـ ح ل قوله بهبة إن قلت يشترط في الموهوب أن يكون معلوما وهنا ليس كذلك قلت جازت الهبة هنا وإن كان الموهوب غير معلوم للضرورة ا هـ شيخنا ثم رأيت في ع ش على م ر ما نصه انظر كيف تصح الهبة مع الجهل بالمقدار أو العين." (٢)

"أعرض عنهما ولا يفسخ ا هـ قوله فإن سمح أحدهما قال القاضي وليس له الرجوع عن رضاه كما لو رضي بالعيب ا هـ حج ا هـ ع ش على م ر قوله فإن سمح أحدهما للآخر بما ادعاه أي ادعاه الآخر وعبارة شرح م ر ولو رضي أحدهما بدفع ما طلبه صاحبه أجبر الآخر عليه ا هـ وقوله أجبر الآخر الظاهر أن معناه أنه يمنع من الفسخ لو طلبه ومن الخصومة لو شرع فيها وإلا فلا معنى لإجبار البائع مثلا على قبول الزيادة المتنازع فيها التي دفعها له المشتري تأمل فتكون صورة هذه المسألة أي قوله فإن سمح أحدهما إلخ أن أحدهما سمح للآخر بما ادعاه والآخر باق على النزاع فتخالف صورة **التراضي** التي قبلها قوله وإلا فسخاه إلخ ولو بادر أحدهما وفسخ عقب التحالف نفذ خلافا للإسنوي ا هـ ح ل وفي ق ل على الجلال قوله ولكل الفسخ أي وإن لم يرض الآخر ولا الحاكم والفسخ ينفذ ظاهرا وباطنا إن

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧١٢/٥

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧٩/٦

فسخه الحاكم أو هما أو الصادق منهما وإلا فظاهرا فقط وللآخر إنشاء فسخ آخر بعده قوله لأنه فسخ لاستدراك الظلامة هذا إنما يحسن تعليلا لفسخهما أو فسخ أحدهما وأما فسخ الحاكم فيعلل بقطع النزاع كما صنع م ر في شرحه قوله فأشبه الفسخ بالعيب أي من جهة جوازه لا من جهة كونه على الفور فإن الفسخ هنا على التراخي ا هـ سلطان قوله لكنهم اقتصروا في الكتابة أي التي هي من أفراد ما هنا أي فما هنا ضعيف من حيث صدقه بالكتابة إذ المذكور فيها في بابها أن الفاسخ لها هو الحاكم فقط هذا مراده بالعبارة والمعتمد أن الكتابة كغيرها من سائر عقود المعاوضة فيفسخها الرقيق أو السيد أو الحاكم وقوله وفصلوا فيه أي في فسخ الحاكم بين قبض ما ادعاه السيد إلخ أي فيفسخ عقد النجوم لا عقد الكتابة وقوله وعدم قبضه أي فيفسخ عقد الكتابة أي وهذا التفصيل خلاف ما هنا إذ مقتضى ما هنا أن الفسخ لعقدها مطلقا والمعتمد التفصيل الآتي وغرض الشارح أنهم صرحوا في الكتابة بما يخالف ما هنا من وجهين الأول أنهم اقتصروا في بابها على أن الفاسخ." (١)

"صحته بمجرد نحو لفظ الإبراء ليس مرادا ا هـ ح ل قوله وصالحتك على الباقي راجع لجميع ما تقدمه وهو شرط في تسميته صلحا حتى يجيء إحكامه فإن لم يأت بهذا القيد حصل الإسقاط ولا يكون صلحا ا هـ شيخنا وقوله بخلاف العقد بلفظ الصلح أي الخالي عن الإبراء ونحوه أي فيشترط فيه القبول ا هـ شرح م ر فرع لو عقده هنا بلفظ الهبة فالظاهر الصحة وعدم التوقف على القبول لأن هبة الدين إبراء قوله أو عكس بضم العين وكسر الكاف أخذته من ضبطه بالقلم ا هـ شوبري قوله فلا يصح التعجيل اعتمده م ر قال وينشأ من هذه مسألة تعم بها البلوى وهي ما لو وقع بينهما معاملة ثم صدر بينهما تصادق مبني على تلك المعاملة بأن كلا منهما لا يستحق على الآخر شيئا مع ظنهما صحة المعاملة ثم بان فسادها حيث يتبين فساد التصادق وإن كان عند الحاكم فرع سئل عند تقرير ذلك عما يقع مع تصادقهما على أن كلا منهما لا يستحق على الآخر حقا ولا دعوى ثم يدعي نسيان شيء ويريد أن يدعي به فهل يقبل فقال الذي كان الوالد يعتمده إنه إن تعرض في التصادق لنفي الجهل والنسيان فقال لا أستحق عليه حقا ولا دعوى ولا يمينا لا عمدا ولا سهوا ولا جهلا ثم ادعى السهو ونحوه لم يقبل ولا يصح دعواه أخذا من قولهم لو حلف لا يدخل الدار لا سهوا ولا عمدا ولا جهلا فدخلها حنث وإن كان ناسيا أو جاهلا لأنه غلظ على نفسه وإن لم يتعرض لذلك قبل والله أعلم ا هـ ع ش قوله فيسترد ما دفعه فلو أراد بعد ذلك أن يجعله عن الدين من غير استرداد فهل يصح أم لا بد من رده وإعادته يتأمل ذلك ا هـ سم على منهج والظاهر الأول لأنه بالتراضي كأنه ملكه تلك الدراهم بما له عليه من الدين فأشبه ما لو باع العين المغصوبة للغاصب بما له عليه من الدين ا هـ ع ش على م ر فرع لو صالح متلف العين مالكها فإن كان بأكثر من قيمتها من جنسها أو بمؤجل لم يصح الصلح لأن الواجب قيمة المتلف حالة فلم يصح على أكثر منها ولا على مؤجل لما فيه من الربا وإن كان." (٢)

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٦/١٠٣

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٦/٥١٨

"للجدار وقوله لبناءين أي مثلا ا هـ ع ش على م ر وحقيقة الكلام والجدار الكائن بين ملكي مالكين فهو بين الملكين لا بين المالكين كما لا يخفى قوله كوضع خشب في المختار جمع الخشبة خشب بفتحتين وخشب بضمتين وخشب كقفل وخشبان كغفران قوله وغرز وتد فيه بكسر التاء أفصح من فتحها ا هـ شوبري وهذا بخلاف السقف الذي بين العالي والسافل فإن لصاحب السفل أن يغرز فيه وتدا ويعلق فيه لاقتضاء العرف ذلك لأن الانتفاع ثابت للعالي قطعا فكذا ثبت للسافل تسوية بينهما ونظر بعضهم في هذا بأن ثبوته للعالي إنما هو لكونه وجد فيستدام كما في الجذوع التي لم يعلم سبب وضعها ولا كذلك السافل واعلم أن القديم قائل بالإجبار على وضع الجذوع ودليله قوي نعم لو كان الجار مقابلا وبينهما سكة أو شارع فأراد وضع رأس الجذوع على المقابل ليجعله ساباطا لم يجبر في القديم هنا ا هـ سم فرع وضع طرف الرف ليس كالجذوع فرع آخر لو كان ا لجدار وقفا أو مسجدا فانظر ما حكمه ا هـ سم أقول الظاهر عدم الجواز فيهما لأنه يحرم إخراج الجناح إلى هواء المسجد فهذا أولى وينبغي أن محل ذلك ما لم يكن بأجرة من جهة من يريد الوضع وللوقف فيه مصلحة فإن كان كذلك جاز وقوله ليس كالجذوع يوجه بخفة الضرر فيه ا هـ ع ش على م ر قوله مال امرئ مسلم المراد بالمسلم الملتزم لأحكام الإسلام ا هـ شوبري قوله فإعارة أي ويستفيد بها المستعير الوضع مرة واحدة حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها أو سقط الجدار فبناه صاحبه لم يكن له الوضع ثانيا في الأصح لأن الإذن إنما تناول مرة ا هـ شرح م ر قوله أو رفعه بأرش وهو ما بين قيمته قائما مستحق القلع ومقلوعا ا هـ ح ل قوله وهي التملك بالقيمة أي قهرا وإلا فلا مانع إذا اشتراه منه **بالتراضي** أي فلا نقول لصاحب الجدار أن يختار تملك الخشب أو البناء تبعا للجدار قهرا على صاحبه كما في الخصلتين السابقتين وإن كان لصاحبه بيعه لصاحب الجدار كما يبيعه للأجنبي ا هـ شيخنا ح ف وهذا كأنه." (١)

"إن شرط له السدس من النقض في الحال وعلمت الآلة ووصف الجدار ا هـ سم قوله فإن شرطه بعد البناء إلخ قال في شرح الروض أو لم تعلم الآلة أو وصف الجدار ا هـ فرع قال في الروض ولهما أي الشريكين قسمته عرضا في كمال الطول وعكسه **بالتراضي** قال في شرحه لا بالجبر فلو طلبها أحدهما فامتنع الآخر لم يجبر لاقتضاء الإجبار القرعة وهي ممتنعة هنا لأنها ربما أخرجت لكل منهما ما يضر بالآخر في انتفاعه بملكه ثم قال في الروض ويجبر على قسمة عرصته أي الجدار ولو عرضا في طول ليختص كل بما يليه قال في شرحه فلا يقتسمان فيه بالقرعة لئلا يخرج بها لكل منهما ما يلي الآخر انتهى فانظر ما ذكره أولا من اقتضاء الإجبار القرعة مع ذكره ثانيا حيث قال ويجبر على قسمة عرصته ثم قال فلا يقتسمان فيه بالقرعة فإنه صريح في أن الإجبار لا يقتضي القرعة فليحرر ا هـ سم قوله فإن شرطه بعد البناء ولو للبعض وإن قل كما شمله كلامهم ا هـ شوبري قوله ويأتي مثله في العرصة أي في الجزء المشروط منها سواء كان وحده أو مع جزء من الآلة والضابط أن المشروط للمعيد أو للآذن لا بد أن يكون حالا قوله وله صلح بمال إلخ ولا يجب على مستحق إجراء الماء في ملك غيره مشاركته في العمارة له إذا انهدم ولو بسبب الماء وليس للمستحق دخول الأرض من غير إذن مالكها إلا لتنقية نهر وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج من النهر وليس لمن أذن له في إجراء

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥٤٧/٦

ماء المطر على السطح طرح الثلج عليه ولا تركه إلى أن يذوب ويسيل إليه ومن أذن له في إلقاء الثلج لا يجري المطر ولا غيره وشرط المصالحة على إجراء ماء المطر على سطح غيره أن لا يكون له مصرف إلى الطريق إلا بمروره على سطح جاره قاله الإسنوي ا هـ شرح م ر قوله يصح بلفظها لم يقل وتتأبد للحاجة فانظره وعبارة السبكي ثم إن قدر المدة فإجارة وإلا فعلى الأوجه الثلاثة المتقدمة في بيع حق البناء وعبارة الإسنوي إن عقد بصيغة الإجارة فلا بد من تقدير المدة قاله الرافعي وإن عقد." (١)

"في الأجرة حيث كانت نقدا بنقد بلد العقد وقته فإن كان ببادية اعتبر أقرب البلاد إليها والعبرة في أجرة المثل في الفاسدة بموضع إتلاف المنفعة نقدا ووزنا وجواز الحج بالرزق مستثنى توسعة في تحصيل العبادة على أنه ليس بإجارة كما اقتضاه كلام الروضة كالشرح الصغير خلافا للولي العراقي بل هو نوع من التراضي والمعونة فهو جعالة اغتفر فيها الجهل بالجعل كمسألة الصلح ا هـ شرح م ر قوله فتكفي رؤيتها أي عن معرفة قدرها وزنا وزرعا وعدا وكيلا ا هـ ح ل من أول كتاب البيع قوله وأذن له خارج العقد فإن كان في صلبه فلا يصح كأجرتكها بدينار على أن تصرفه في عمارتها أو علفها للجهل بالصرف فتصير الأجرة مجهولة فإن صرف وقصد الرجوع به رجع وإلا فلا والأوجه أن التعليل بالجهل جرى على الغالب فلو كان عالما بالصرف فالحكم كذلك كبيع زرع بشرط أن يحصده البائع والحاصل أنه حيث كان هناك شرط بطلت مطلقا وإلا كأجرتكه ا بعمارتها فإن عينت صحت وإلا فلا ويؤخذ من هذا صحة ما جرت به العادة في زمننا من توسيع الناظر المستحق باستحقاقه على ساكن الوقف فيما يظهر ويصدق المستأجر بيمينه في أصل الإنفاق وقدره كما رجحه السبكي لأنه ائتمنه ومحله إذا ادعى قدر الإنفاق في العادة كما يأتي نظيره في الوصي والولي وإلا احتاج إلى بينة ولا تكفي شهادة الصناع له أنه صرف على أيديهم كذا لأنهم وكلاؤه كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى وهو ظاهر ولو اكترى نحو حمام مدة يعلم عادة تعطله فيها لنحو عمارة فإن شرط حساب مدة التعطيل من الإجارة وجهلت فسدت وإلا ففيها وفيما بعدها ا هـ شرح م ر وكتب عليه الرشيدي ما نصه وعبارة العباب لو أجر حانوتا خرابا على أن يعمره من ماله ويحسب من الأجرة أو حماما على أن مدة تعطله محسوبة على المستأجر بمعنى انحصار الأجرة في الباقي أو على المؤجر بمعنى استيفاء مثلها بعد المدة فسدت لجهل نهاية ا لمدة فإن علمت بعادة أو تقدير كتعطيل شهر كذا للعمارة بطل في تلك." (٢)

"استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي ا هـ ع ش قوله فمحمول على العضل إن كان مراده بالعضل دون ثلاث زوج السلطان بطريق النيابة عنهم وإن كان ثلاث مرات انتقلت الولاية للأبعد إن كان وإلا زوجها السلطان بطريق الولاية العامة ا هـ عزيزي قوله بأن قال كل لا أزوج أي أو زوج أنت كذا صوبه الزركشي قال الشهاب عميرة وهو واضح ليلا ثم معنى الحديث ا هـ ح ل قوله فلو زوجها مفضول إلخ تفريع على

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥٥٩/٦

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٢٥٢/٧

قوله سن أفقههم إلخ وعلى قوله فإن تشاحوا إلخ أي فلو سبق المفضول قبل تزويج الفاضل في **التراضي** أي أو سبق من لم تخرج له القرعة فزوج قبل تزويج صاحبها صح ا هـ شيخنا قوله مفضول صفة أو قرعة وكذا لو بادر أحدهم قبل القرعة فزوج فإنه يصح قطعا من غير كراهة ا هـ شرح م ر قوله فإنها إنما تزوج ممن ترضاه والمزوج لها منه من أوليائها هو الذي خطبها منه هذا الذي رضيته فهو مقدم على غيره من أوليائها لتعينه بتوجيه خطبة الذي رضيته إليه وقوله بتزويج أصلحهما والذي يزوجها له من أوليائها هو الذي خطبها منه هذا الأصلح وبقي ما لو كان الخطاب المتعددون خطبوا منها هي أو خطب كل واحد منهم من كل واحد من الأولياء فلينظر من الذي يزوجها ممن رضيته أو من الأصلح تأمل وهذا كله إنما قيل من قبل الفهم ولم أر نقلا يوافقه أو يخالفه فنسأل الله أن يطلعنا على الصواب قوله أمر الحاكم بتزويج أصلحهما قضيته أنه لو استقل واحد بتزويجها من أحد الخاطبين من غير أمر الحاكم لم يصح وإن كان هو الأصلح ا هـ ع ش على م ر قوله أو زوجها أحدهم زيدا إلخ أي واتحد خاطب أو لم يكن خاطب أصلا وأما إذا تعدد فالذي يصح نكاحه من رضيته أو عينه الحاكم دون غيره وإن سبق كما قدم في قوله فإنها إنما تزوج إلخ قوله وكانا كفأين إلخ فإن كان أحدهما غير كفء ولم يسقطوا الكفاءة فهو الباطل قوله أو أسقطوا الكفاءة أي أسقطها الزوجة والأولياء قوله فلا يحل لواحد منهما إلخ." (١)

"أتلفته ولو قالت له امرأة أعتق عبدك على أن أنكحك أو قال له رجل أعتق عبدك عني على أن أنكحك ابنتي ففعل عتق العبد ولم يلزمه الوفاء بالنكاح ووجبت قيمة العبد وإن قال لأمته أعتقتك على أن تنكحي زيدا فقبلت وجبت القيمة عليها في أوجه الوجهين كما اقتضاه كلام الروياني واستظهر الأذرعي واعتمده الشيخ رحمه الله وإن قالت لعبدها أعتقتك على أن تتزوجني عتق مجانا ولو لم يقبل ا هـ شرح م ر قوله بعد الوطء انظر بماذا يتعلق فإن قلت بباع قلنا ليس بلازم كما قدمه وإن قلت بالمسمى قلنا وجوبه بالعقد لا يتوقف على الوطء وإن قلت بالبدل إذا كان المسمى فاسدا قلنا ليس بلازم لأن البدل قد يجب بمجرد العقد وقوله أو نصفه صورة وجوبه للمشتري أن يقع الفرض في المفوضة في ملكه ثم يفارق قبل الوطء ويمكن إدخالها في قوله أو الفرض بعد البيع لأنه صادق بما إذا فورقت بعد الفرض وقبل الوطء أو لا قوله ولو زوج أمته عبـد هـ إلخ في الروض وشرحه هنا فإن زوج عبده بأمته أنفق عليها بحكم الملك فإن أعتقها وأولادها فنفقتها في كسب العبد ونفقة أولادها عليها ثم إن أعسرت وجبت على بيت المال وإن أعتق العبد دونها فنفقتها عليه أي على العبد كحر تزوج أمة ونفقة الأولاد على السيد لأنهم ملكه والحكم في الأخيرة يجري فيما لو أعتقها دونه ودون أولادها والظاهر أن المبعض بالنسبة إلى بعضه الحر كالحر فيجب بقسطه ولم أر فيه نقلا ا هـ قوت ا هـ ز ي قوله فلا مهر أي لا واجب ولا مندوب كما سيصرح الشارح به قريبا في الصداق بعد قوله سن ذكره في العقد ومعلوم أن المبعض بالنسبة لبعضه الحر كالحر فيجب قسطه ا هـ ح ل قوله فلا مهر أي وإن دخل بها الزوج بعد بيع أو عتق لهما أو لأحدهما أو قبله أو لم يدخل بها أصلا ا هـ شرح م ر قوله فلا حاجة إلى تسميته أي ولا يستحب أيضا ا هـ بر ا هـ سم

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٨/١٨٩

مشتق من الصدق بفتح الصاد اسم للشديد الصل ب فكأنه أشد الأعواض لزوما من جهة عدم سقوطه **بالتراضي** على عدمه أو." (١)

"إن عينت مهرا اتبع وإن لم تعين زوجها بمهر المثل ويفهم منه أنها إذا قالت له زوجني بما شئت جاز بمهر المثل وبما دونه ولا يجوز إخلاء النكاح منه فإن أخلاه منه وجب مهر المثل كما تقدم ا هـ ع ش على م ر قوله لتفويض أمرها إلى الولي كان المراد بأمرها نكاحها والعقد عليها بدليل قوله بلا مهر والمصدر مضاف للمفعول أي لتفويضها أمرها قوله لأن الولي فوض أمرها أي مهرها إلى الزوج أي جعل له دخلا في إيجابه بفرضه وكان المناسب أن يزيد أو إلى الحاكم ا هـ ح ل وقوله بفرضه أي أو بالوطء لما سيأتي أنه يجب بالفرض تارة وبالوطء أخرى قوله والفتح أفصح لعل الأفصحية باعتبار كثرة استعماله في كلام الفقهاء وإلا فمثل ذلك لا يظهر فيه معنى الأفصحية فإن اللغتين لم يتواردا على معنى واحد ا هـ ع ش على م ر قوله صح تفويض رشيدة إلخ حاصل مسألة التفويض أن المرأة التي يكون منها التفويض الصحيح إما بكر أو ثيب رشيدة أو سفيهة أو مكاتبة كتابة صحيحة واستأذنها سيدها في النكاح فهذه خمس صور وصيغة التفويض في كل إما زوجني بلا مهر أو زوجني على أن لا مهر أو تزيد على ذلك ولا نفقة لي أو وأعطيه ألفا أو زوجني بلا مهر لا في الحال ولا في المآل فالصيغ ستة تضرب في الخمسة وهذا الخطاب للولي منها أو من المكاتبة لسيدها والعبارة الواقعة من الولي للزوج نفي المهر أو السكوت أو الزواج بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد أو بمؤجل وهي من قوم يتزوجون بحال وإذا ضربت أحوال الولي في أحوال الحرة كانت عشرين صورة ثم تضرب أحوالها في العشرين الحاصلة من ضرب صيغ الولي في إفراد الزوج تبلغ مائة وعشرين ثم إن الفرض إما **بالتراضي** أو بضرب القاضي أو يوجبه الوطء أو موت أحدهما أو هما فهذه ستة أحوال تضرب في مائة وعشرين تبلغ سبعمائة وعشرين والرجوع في مهر المثل إما إلى مهر العصبات أو المحارم إن فقدت العصبات أو الأجانب عند فـقـد الفريقين فهذه ثلاثة أحوال تضرب في جملة المتقدم تبلغ ألفين." (٢)

"جان أو عاقلة ظاهر كلامهم وجوبها من الغالب وإن لزمت بيت المال الذي لا إبل فيه فيمن لا عاقلة سواه وعليه فيلزم الإمام دفعها عن غالب إبل الناس من غير اعتبار محل مخصوص لأن الذي لزمه ذلك هو جهة الإسلام التي لا تختص بمحل وبذلك علم رد بحث البلقيني تعين القيمة حينئذ قال لتعذر الأغلب حينئذ إذ اعتبار بلد بعينها تحكم ووجه الرد عدم التعذر ولا تحكم في ذلك ولو اختلفت محال العاقلة أخذ واجب كل من غالب محله وإن كان فيه تشقيص لأنها هكذا وجبت ا هـ شرح م ر قوله أو عاقلة لا يشكل هذا بما يأتي في بابها حيث قال وعلى غني نصف دينار إلخ لأن المراد هناك المقدر الواجب من قيمة الإبل لا الذهب عينا كما أوضحه الرافعي هناك كما قاله شيخنا حج

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٨/٤٠٧

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٨/٤٤٠

في شرح الإرشاد ا هـ سم وسيأتي في الشرح في باب العاقلة التنبيه على هذا قوله فمن إبله تؤخذ فإن تنوعت إبله أخذ من غالبها فإن استوت تخير ا هـ ح ل قوله من غالب إ بل محله أي وإن لم يكن فيها نوع إبله وقوله بل يتعين نوع إبله سليما أي وإن لم يكن في إبل محله بل يجب تحصيله من خارج عن محله هذا هو الفرق بين القولين والأول هو المعتمد كما في شرح م ر قوله فأقرب محل أي وهو ما دون مسافة القصر كما قالوه في صاع المصراة أي حيث أحالوا على ما هنا ا هـ ح ل قوله فيلزمه نقلها ما لم تبلغ مؤنة نقلها مع قيمتها أكثر من ثمن المثل ببلد الفقد فإنه لا يجب حينئذ نقلها كما جرى عليه ابن المقري وهو أحسن من الضبط بمسافة القصر ا هـ سلطان قوله وبذلك أي بوجوب الترتيب على الدافع المستفاد من العطف بالفاء ا هـ شيخنا ح ف قوله لكن قال في البيان إلخ أجيب بالفرق بين الصلح عن إبل الدية وبين **التراضي** بالقيمة بدلها بأن الصلح عقد اعتياض فاعتبر فيه العلم بالمعقود عليه **والتراضي** بقيمة الإبل تنزيل لها منزلة المعدومة التي يرجع إلى قيمتها بدلها دون تعاقد ا هـ س ل قوله وقضيته ه أن صفتها إلخ كتب الشيخ الرملي على هامش الروض المراد بعلمها ما." (١)

"ا هـ من الروض وشرحه قوله وإن قصد به التقرب أي بأن خاف على ولده أو حبسه فإن الإرسال واجب حينئذ ا هـ ح ل قوله لمن يأخذه كذا ذكره الشيخان لكن بحث الشارح أنه ليس بشرط وتبعه صاحب العباب فحذفه وهو الراجح ا هـ شوبري قوله حل لآخذ أكله أي لا إطعام غيره منه على المعتمد ا هـ ز ي وينبغي أن مثل الآخذ عياله فلهم الأكل منه فإن كان غير مأكول فينبغي أن لمن أخذه الانتفاع به من الوجه الذي جرت العادة بالانتفاع به منه ا هـ ع ش ومثله شرح م ر وفي الشوبري ما نصه قال شيخنا ويظهر أنه حيث حل لغيره أخذه لأكله كان فعل المرسل جائزا إذ الإباحات جائزة وهذا منها ا هـ فليتأمل ا هـ ومثله شرح م ر قوله ولا ينفذ تصرفه فيه بخلاف ما يعرض عنه عادة كسنابل الحصادين وبرادة الحدادين فإن آخذها يملكها فينفذ تصرفه فيها ا هـ ح ل قوله ولو تحول حمامه إلخ ولو اختلطت حمامة مملوكة بحمامات برجه فله الأكل بالاجتهاد إلا واحدة كما لو اختلطت ثمرة غيره بثمره أو حمام مملوك محصور أو غيره بحمام بلد مباح غير محصور أو انصب ماؤه في نهر لم يحرم على أحد اصطياد واستقاء من ذلك فإن كان المباح محصورا حرم ولو اختلطت دراهم أو دهن أو نحوهما بدراهمه أو دهنه فميز قدر الحرام أو صرفه لما يجب صرفه له وتصرف في الباقي جاز للضرورة ولا يخفى الورع وقد قال بعضهم ينبغي للمتقي اجتناب طير البرج وبنائها ا هـ شرح م ر وقوله فميز قدر الحرام مفهومه أن مجرد التمييز لا يكفي في جواز تصرفه في الباقي ويمكن توجيهه بأنه باختلاطه به صار كالمشترك وأحد الشريكين لا يتصرف قبل القسمة والقسمة إنما تكون بعد **التراضي** وهو متعذر هنا فنزل صرفه فيما يجب صرفه فيه منزلة القسمة للضرورة وفي حج ما يوافق كلام الشارح وعبارته بعد كلام ذكره وفي المجموع طريقة أنه

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٦٤٢/٩

يصرف قدر الحرام إلى ما يجب صرفه فيه ويتصرف في الباقي بما أراد ا هـ وقوله لما يجب صرفه أي إما برده لمالكه إن عرف وإلا فلبيت المال أو صرفه بنفسه." (١)

"لا بد من القرعة حتى لو أخرجت حصته في غير جهة ملكه لا تتم القسمة أو يصور ذلك بما إذا كان الموات أو المملوك محيطا بجميع جوانب الدار فيه نظر ولا يبعد الأول للحاجة مع عدم ضرر الشريك حيث كانت الأجزاء مستوية انتهى وصرح به م ر بعد قوله وما لا يعظم ضرره إلخ فيه أن ما يعظم ضرره تجري فيه هذه الأقسام الثلاثة إذا وقعت قسمته فكان الأولى جعل هذا ضابطا للمقسوم من حيث هو وإن كان فيما يعظم ضرره تفصيل آخر من جهة أن الحاكم تارة يمنعهم وتارة لا يمنع ولا يجب ا هـ شيخنا قوله متفقة الأبنية قال في شرح العباب بأن كان في جانب منها بيت وصفة وفي الجانب الآخر كذلك والعرصة تنقسم ا هـ سم قوله وأرض مشتبهة الأجزاء أي متساوية في القوة والضعف وليس فيها نحو زرع فتقسم وحدها ولو إجبارا فإن كان فيها زرع لم تصح قسمته وحده ولا قسمتهما معا نعم إن كان فصيلا لم يبد صلاحه جازت قسمتهما معا بالتراضي وتجوز قسمة الكتان بعد نفض رؤسه ومعياره الوزن قاله شيخنا وتصح قسمة التمر على الشجر من نخل وعنب خرصا ولو منصفا ولا تصح قسمة غيرهما وشملت الأرض شركة الوقف ولو مسجدا فتجوز قسمتها معه في هذا النوع دون غيره على المعتمد ا هـ ق ل على المحلي قوله فيجزأ ما يقسم إلخ عبارة شرح م ر فتعدل أي تسوى السهام أي عند عدم التراضي أو حيث كان في الشركاء محجور عليه كما يعلم مما يأتي انتهت ثم قال واعلم أنه قد يفهم مما ذكره في حالتي تساوي الأجزاء واختلافها أن الشركاء الكاملين لو تراضوا على خلاف ذلك امتنع وهو غير مراد بل التفاوت جائز برضا جميعهم الكاملين وإن كان جزافا كما يظهر من إطلاقهم ولو في الربوي بناء على أن هذه القسمة إفراز لا بيع والربا إنما يتصور جريانه في العقد دون غيره ويعلم مما تقرر أنها لو كانت بيعا امتنع ذلك في الربوي إذ لا يجوز لأحد أخذ زائد على حقه فيه ولو مع الرضا فيأتي فيه ه نا جميع ما مر في باب الربا في متحدي الجنس ومختلفيه وفي قاعدة مد." (٢)

"بالجر صفة لمنقولات ويدل لذلك قول الشارح فيما يأتي بخلاف منقولات نوع اختلف وصرح به الأجهوري على الخطيب ا هـ شيخنا ومفهوم المنقولات المثلية لكن الكلام في التعديل والمثلية من قبيل الإفراز فيكون المفهوم أعم ولذلك لم يذكر مفهوم هذا تأمل قوله بخلاف منقولات نوع اختلف هذا الإسناد يقتضي أن قول المتن لم يختلف مسند للنوع والضائنتان المذكورتان نوع واحد لكنهما صنفان فمراده بالنوع الصنف كما علمت قوله كضائنتين في الصحاح الضائن خلاف الماعز والأنثى ضائنة والجمع ضوائن ا هـ ح ل قوله فلا إجبار فيها والقاطع للنزاع بيع الجميع وقسمة ثمنه ا هـ شيخنا فروع يصح قسمة المنافع المملوكة ولو بوصية مهايأة ولو مسانهة ولا إجبار فيها ولا تصح بغير المهايأة فإن اتفقوا عليها وتنازعوا في البداءة أقرع بينهم ولكل منهم الرجوع متى شاء ومن استوفى زائدا على حقه لزمه أجرة ما زاد

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٣٦٧/١٠

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧٣٣/١٠

على قدر حصته من الزائد وإن امتنعوا من المهايأة آجر الحاكم العين وقسم الأجرة بينهم ولا تصح قسمة الديون في الذمم ولو **بالتراضي** وكل من أخذ منها شيئا لا يختص به كذا قالوا هنا فانظره مع قولهم إن محل عدم الاختصاص في ثلاث مسائل فيما يأخذه أحد الورثة من الدين الموروث وفيما يأخذه أحد سيدي المكاتب من نجوم الكتابة وفيما يأخذه أحد الموقوف عليهم من ربع الوقف عليهم فراجع وحرر ولا تصح قسمة وقف بين أربابه نعم إن كان على سبيلين جاز ا هـ ق ل على المحلي قوله لشدة اختلاف الأغراض فيها هذا ظاهر في الدكاكين المتباعدة دون المتلاصقة لعدم اختلاف المحال التي هي فيها إلا أن يقال اختلاف الغرض فيها باختلاف أبنيتها كما أشار إليه بقوله والأبنية وقد يقال هذا يأتي في الصغار تأمل قوله أعيانا صفة لموصوف محذوف أي قسمة أعيانا بأن أراد الشركاء جعل حصصهم دكاكين صحاحا فخرج به ما لو كانت غير أعيان بأن طلبوا قسمة كل دكان نصفين ا هـ عزيزي وقال شيخنا الأجهوري معناه أن يأخذ كل واحد دكانا أو أكثر." (١)

"كاملا من غير تشقيص فهو بمعنى قوله إن زالت الشركة فذكره بعده إيضاح ا هـ وقال الحلبي قوله أعيانا أي مستوية القيمة وأخذه من قول م ر لو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة مستوية القيمة لا تحتمل آحادها القسمة فطلب أحدهما قسمة أعيانها أجيب إذا زالت الشركة بها ا هـ قوله بخلاف الدكاكين الكبار قال في المنهاج ولو استوت قيمة دارين أو حانوتين فطلب جعل كل لواحد فلا إجبار قال الزركشي قال الماوردي ولو تراضيا بذلك لم يكن قسمة وكان بيعا محضا ببيع كل واحد منهما حقه من إحدى الدارين بحق شريكه من الأخرى ويكتب فيها ابتياع لا قسمة ويكون بيع مناقلة ا هـ سم قوله ومعلوم مما مر أي في قسمة الأجزاء من قوله ودار متفقة الأبنية إلخ ا هـ عناني وقوله غير أعيان بأن يقسم كل دكان دكانين أو أكثر قوله نحو بئر إلخ من هذا القبيل ما لو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر خمسمائة فيقتسمان على أن من يأخذ النفيس يرد مائتين ا هـ عميرة ا هـ سم قوله وليس في الجانب الآخر ما يعادله فإن كان فيه ما يعادله فهي قسمة تعديل ا هـ ح ل قوله فيرد آخذه قسط قيمته وهذا النوع وهو قسمة الرد بيع لوجود حقيقته وهي مقابلة المال بالمال فتثبت أحكامه من نحو خيار وشفعة نعم لا تفتقر للفظ تمليك وقبول بل الرضا قائم مقامها ولهما الاتفاق على أن من يأخذ النفيس يرد وأن يحكما القرعة ليرد من خرج له ا هـ شرح م ر قوله لما قسم بتراض أي سواء كان الرضا شرطا فيه وهو قسمة الرد أو لا وهو غيرها ا هـ عناني وسلطان كبعض أنواع قسمة التعديل أي فيما إذا أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده كما ذكره الشارح في قوله نعم إن أمكن قسمة الجيد إلخ وفي سم ما نصه ومحصل كلامه كما ترى أنه حيث جرت القسمة **بالتراضي** اشترط الرضا قبل خروج القرعة وبعدها سواء كانت تلك القسمة مما يدخله الإجبار كقسمة الإفراز أم لا كقسمة الرد بخلاف م ا إذا جرت بالإجبار لا يشترط فيها ذلك وكلامهم ناص على ذلك ا هـ قوله." (٢)

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧٣٧/١٠

(٢) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٧٣٨/١٠

"لو ثبت بحجة أي بإقرار أو علم قاض أو يمين رد أو شاهدين ذكرين عدلين دون شاهد ويمين أو رجل وامرأتين ا هـ ح ل وعبارة العناني قوله أعم من قوله ببينة أي لشموله الإقرار الحقيقي أو الحكمي وإن كان لا يكفي هنا الرجل والمرأتان ولا الرجل واليمين وفي الروض الاكتفاء بذلك انتهت قوله أيضا ولو ثبت بحجة إلخ وطريقه في هذا أن يحضر قاسمين صادقين لينظرا ويمسحا ويعرفا الحال ويشهدا به كذا قاله الأئمة لكن في روضة شريح يجوز أن تكون شاهدا وامرأتين أو شاهدا ويمينا لأنه مال واعترض ابن الرفعة التعبير بشهادة الاثنين قال فإن الإمام قد صرح بأنها تنقض سواء تولى القسمة أولا واحد أو اثنان قال ابن الرفعة رحمه الله فإذا تولاها اثنان باجتهاد في التقويم فكيف تنقض بقول مثلهما والمشهود به مجتهد فيه نعم إن كان القاسم واحدا اتجه ا هـ عميرة ا هـ سم قوله أو حيف أي وإن قل ا هـ ح ل قوله في قسمة إجبار قد علمت أن الإجبار لا يأتي إلا في التعديل والإفراز وقوله أو قسمة تراض التراضي يجري في كل من الثلاث وقوله وهي بالأجزاء قيد في قوله أو قسمة تراض فيخرج به التعديل والرد مع التراضي فلا نقض فيهما كما يأتي في الشارح قوله وليس سواء أي وليس البعض سواء في حصة كل من الشريكين وقوله بأن اختص إلخ كعشرين شاة اقتسمها زيد وعمرو لكل منهما عشرة فخرج من نصيب زيد واحدة مستحقة وقوله أو أصاب منه أكثر بأن." (١)

"تفصيل ذكرته إلخ المعتمد حصول التقاص في المثليين في الكتابة فقط لا في غيرها وهذا هو المراد بالتفصيل ا هـ ع ش وعبارة م ر أما إذا اختلفا جنسا أو غيره مما مر فلا تقاص كما لو كانا غير نقدين وهما متقومان مطلقا أو مثليان ولم يترتب على ذلك عتق فإن ترتب عليه جاز لتشوف الشارع إليه انتهى قوله ذكرته في شرح الروض وغيره عبارته هناك متنا وشرحا فرع في التقاص لا تقاص في الأعيان لاختلاف الأغراض وإنما يأتي في الديون فإذا ثبت لكل من اثنين على الآخر دين فإن كانا الدينان نقدين واتفقا حلولا وجنسا وصفة سقط أحدهما بالآخر كرها أي قهرا من غير رضا إذ مطالبة كل منهما الآخر بمثل ما عليه عناد لا فائدة فيه ولأنه لو كان له على وارثه دين ومات سقط ولا يؤمر بتسليمه فإن اختلفا في شيء مما ذكر ولو في الحلول والصحة والتكسير وقدر الأجل أو لم يكونا نقدين وإن كانا جنسا فلا تقاص لاختلاف الأغراض ولأن ا لعقد على النقدين ليس عقد مغابنة ومرابحة لقلة الاختلاف فيهما فقرب فيهما التقاص بخلاف غيرهما والوجه تقييده في غيرهما من سائر المثليات بما إذا لم يحصل به عتق وهذا هو المعتمد واعلم أنهما لو تراضيا بجعل الحال قصاصا عن المؤجل لم يجز أيضا كما في الحوالة كذا رجحه الأصل والوجه تقييده بما إذا لم يحصل به عتق وهو المعتمد ففي الأم لو جنى السيد على مكاتبه فأوجب مثل النجوم وكانت مؤجلة لم يكن تقاص إلا أن يشاءه المكاتب دون سيده وإذا جاز ذلك برضا المكاتب وحده فبرضاه مع السيد أولى ولو كانا مؤجلين بأجل واحد فوجهان أرجحهما عند الإمام التقاص وعند البغوي المنع نقلهما الأصل وفي تنصيص المصنف على الحلول دون التأجيل إشارة إلى ترجيح الثاني وهو ما اقتضاه كلام الشرح الصغير وجزم به القاضي لانتفاء المطالبة ولأن أجل أحدهما قد يحل بموته قبل الآخر

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ١٠/٧٤٠

فلا يجوز ذلك إلا **بالتراضي** ورجح البلقيني الأول وقال في نص الشافعي ما يدل له قال الزركشي تبعا للإسنوي وشرط." (١)

" أي الأول من الشقين قوله بالكناية مع النية إلخ سكت الأصحاب عن محل النية وذكروا في كتاب الطلاق خلافا أنه يشترط اقتران النية بكل اللفظ أو يكفي بأوله أو بآخره فيحتمل أن يقال بجريانها هنا ويحتمل المنع بل الشرط هنا وجودها في جميع اللفظ ويفرق بأن الطلاق يستقل به بنفسه بخلاف البيع تنبيه من ألفاظ القبول رضيت كما نص عليه الروياني والقاضي أبو الطيب وفي فتاوى القفال رجل عليه عشرة فجاء بثوب وقال لرب الدين رضيت هذا الثوب بالعشرة التي لك علي فقال رضيت فإنه لا يكون بيعا أو يقول من عليه الدين رضيت هذا الثوب بتلك العشرة كان بيعا وعلى هذا لو أن رجلا عرض ثوبا على آخر فقال رضيت هذا الثوب بعشرة فقال رضيت لم يكن بيعا قوله وبيع شرط على وكيله الإشهاد فيه قال الجلال البلقيني هل يشترط في هذين الشاهدين أن يكونا عدلين في الباطن لم أر من تعرض لذلك والأقرب الاكتفاء بالستر وقوله والأقرب أشار إلى تصحيحه قوله قال الغزالي فالظاهر انعقاده أشار إلى تصحيحه

قوله صرح بذلك المرعشي أي في ترتيب الأقسام فقال ما نصه كل موضع خالف فيه الوكيل ما أمره به الموكل بطل البيع إلا في مسألة واحدة وهي ما لو قال بع واشهد فباع ولم يشهد فإنه لا يبطل

ا هـ

ويؤيده ما حكاه في الروضة عن فتاوى البغوي قبيل باب التفويض في الصداق ولو قال الولي للوكيل لا تزوجها إلا بشرط أن ترهن بالصداق أو يتكفله فلأن صح وعلى الوكيل الاشتراط فإن أهمله لم يصح النكاح ولو قال زوجها بكذا وخذ به كفيلا فزوجها بلا اشتراط صح النكاح لأنه أمره بأمرين فخالف أحدهما قوله صرح بذلك المرعشي أشار إلى تصحيحه وكتب عليه قال في التدريب وما قاله ممنوع قوله أو تسلمه بكذا أو هو لك بكذا أو هذا لك بكذا قوله فلا يكون كناية في غيرها لمنافاته للبيع من وجهين إذ الإباحة تنافي التمليك وكونها مجانا ينافي ذكر العوض الذي هو ركن من أركان البيع كله وينبغي أن يكون مأخذ المنع تهافت الصيغة كما في بعتك بلا ثمن فإن الإباحة تقتضي عدم المعاوضة وذكر العوض ينافيها ر قوله بأنه مع ذكر العوض صريح في البيع لدلالته على التمليك مع اقترانه بذكر العوض الذي لا تنافيه الهبة بل غايتها أنها لا تقتضيه ك قوله فتكون صورة الكناية على الأول الصيغة وحدها فائدة الخلاف وجوب مقارنة النية للصيغة وحدها أولها مع ذكر العوض قوله الكتاب بالبيع ونحوه إلخ كبعته من فلان بكذا قوله لحصول **التراضي** بخلاف نظيره في النكاح لأن البيع أوسع بدليل انعقاده بالكنايات قوله صح رجوعه قال شيخنا أي وكان فسخا للعقد قوله ولم ينعقد البيع أي لم يستمر انعقاده منه قوله رجح منهما السبكي والزركشي الصحة أشار إلى تصحيحه وكتب لأنها نظير مسألة المتوسط وقد رجحا فيها الصحة وهما حاضران ولم يفقد إلا التخاطب

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ١١/٢٢٣

" (١)

" قوله إن حرمنا يلزم وإلا فلا طريقة ضعيفة قوله والثاني قال وهو ظاهر المذهب لا أشار إلى تصحيحه قوله أو للمشتري فوجهان

ا هـ

أصحهما عدم صحتها قوله يحصل الفسخ إلخ يحصل كل من الفسخ والإجازة بالكناية كالصريح قوله والظاهر كما قال الأذرعي إلخ أشار إلى تصحيحه قوله أن وطأه إنما يكون فسخا إلخ يستثنى الوطء المحرم بدون البيع كوطء أمته المحرمة عليه بنسب أو نحوه يتداو والوطء في الدبر فلا يكون ذلك فسخا قطعا قوله كالتزويج أي والوقف قوله كالعتق لو باع حاملا ثم أعتق حملها في زمن الخيار قال القفال في فتاويه ينفسخ البيع كما لو باع حاملا واستثنى حملها ثم إن جعلنا الحمل معلوما بطل البيع في الحال وإلا توقف على الوضع فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من الإعتاق تبينا أن البيع كان منفسخا وقد عتق الحمل أو لستة أشهر فأكثر وهي مزوجة لم ينفذ العتق في الحمل ولا يبطل البيع قوله وصحيح نافذ لو باع شيئا ثم في مجلس العقد اشترى بثمنه شيئا آخر جاز ويكون إجازة للعقد وإن اشترى ببعضه فكما لو كان العقد في بعضه قاله البغوي في فتاويه قال ويجب أن يجوز لهما الفسخ في الباقي لأنه تفريق للعقد **بالتراضي** كالإقالة

" (٢)

" **بالتراضي** قال ابن الرفعة ومنه يؤخذ أن الذمي إذا على بناءه على مسلم وحكم بالهدم ثم باعه لمسلم هل يسقط حق الهدم فيه مثل هذا الخلاف وترك مسألة ما إذا أسلم هو ولا شك أن هذه مسألة دارت بين نظائر كمسألة المحرم يرث الصيد فيؤمر بالإرسال فيحل قبله وكالذمي إذا ورث عبدا مسلما فأمرناه بإزالة ملكه عنه ثم أسلم وكمن عنده عصير فتخمر ثم تخلل وكان غير محترم أعني الخمر ولا فرق بين أن يقضي القاضي أم لا وقوله هل يسقط حق القطع أشار إلى تصحيحه قوله في بيع الأصول وحدها إلخ عبارته أنه إذا أفرد أصوله بالبيع قال العراقيون وغيرهم يجوز ولا حاجة إلى شرط القطع إذا لم يخف الاختلاط قال شيخنا هو المعتمد قوله وهو المنقول وجزم به صاحب الحاوي والأنوار وصححه السبكي والإسنوي وغيرهما ونقله المصنف في شرح إرشاده عن الأكثرين وقال السبكي أن الصحيح الصحة من غير شرط القطع قوله لأن شرط القطع لازم لزوم ا لقطع فيما إذا باعه من مالك الشجر رأي مرجوح قوله أما إذا قلنا القسمة إفراز وهو الراجح إذ الخرص يدخل فيها قوله لا يصح بيع زرع لم يشتد حبه إلخ لو اشترى الزرع بشرط القطع ولم يقطع حتى زاد فالزيادة للبائع حتى إذا سنبل كانت السنابل للبائع إلا أن يكون قد اشتراه بشرط القلع فلم يقلع حتى تسنبل فهي

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤/٢

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٥٥/٢

للمشتري لأنه ملك أصل الزرع الذي يحدث منه الزيادة قاله في الأنوار قال المتولي ولو اشترى الزرع بشرط القطع فلم يقطع حتى زاد فالزيادة حتى السنابل للبائع وقد اختلط المبيع بغيره اختلاطا لا يتميز وذلك لأن زيادة الزرع زيادة قدر لا زيادة صفة لأن المقصود إجزاؤه ولو اشتراه بشرط القلع فلم يقلع حتى زاد فهي للمشتري لأنه اشترى الكل فما ظهر يكون له فلو أراد أن يشتري لرعي البهائم فطريقه أن يشتري بشرط القلع ثم يستأجر الأرض وكلام الإمام وغيره صريح في أن الزيادة للمشتري في شرط القطع أيضا ويؤيده قول الشيخين القطن الذي لا يبقى أكثر من سنة كالزرع فإذا باعه قبل خروج الجوزق أو بعده وقبل تكامل القطن وجب شرط القطع ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوزق فهو للمشتري لحدوثه على ملكه قال الأذرعي وهذا هو المختار وإن نازع فيه ظاهر النص

---

(١) ".

" أن يمكن توجيه العلة الثانية بما وجهه في الوسيط أن الوكيل لو أخر الرد فربما لا يرضى به الموكل وإذا لم يرض به تتعلق العهدة به إذا كذبه البائع في دعواه الوكالة وتوجيه الأولى أنه من توابع العقد ومصالحه فملكه الوكيل كالفسخ في خيار المجلس بل أولى لأن ذلك بلا سبب ووجهه في المهذب بأنها ظلامة حصلت بعقد فجاز له دفعها كما لو اشترى لنفسه وطرد المتولي الخلاف فيما إذا كان الثمن لا غبن فيه مع أنه لا ظلامة حتى يحتاج إلى استدراكها وحكاه الإمام في كتاب القراض فيما إذا كانت قيمته أكثر من الثمن تفريعا على أنها لو كانت بقدر الثمن أن له الرد ووجه عدم الرد بأن فيه إحباط جزء من المالية عليه قال وتوقع الوكيل أن يرد العبد عليه إذا لم يرضه الموكل لا يعارض تأخر ملك الموكل عن ملك الزيادة التي يحبطها رده قوله لا ينافي مقصود التعليل إذ مقصوده أن للوكيل الرد منه قوله أو يقول اخترت رده ق ا ل شيخنا أي لا أرضاه فيرتد عن الموكل بذلك ولا يرفع به العقد من أصله ثم إن رد الوكيل ولم يوجد منه مبطل لرده ارتفع العقد وإلا تعين للوكيل قوله وهذا ما بحثه الأصل إلخ أشار إلى تصحيحه قوله وصرح به الجمهور كما قاله الزركشي وغيره بل ادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه لأنه إذا لم يبطل حق الموكل بإبطال الوكيل فبتأخيره أولى ولم يورد الخوارزمي صاحب البغوي في الكافي سواه قوله وإن نكل الوكيل لم يرد لتقصيره بالنكول قال في الأصل وفيه الإشكال السابق يعني أن للموكل الرد ولو رضي الوكيل بالعيب والبائع هنا مصدق على أن الشراء للموكل قال البلقيني لا يلزم ذلك الإشكال هنا لتضمن نكول الوكيل إقراره برضا موكله به وهو تقصير فيلزم بالعقد ولا رد لموكله لتعلق حق البائع ناجزا بالوكيل قوله لتضمنه الإبراء بلا إذن صورته الحط **بالتراضي** قوله بخلاف ما لو اشترى من يعتق عليه إلخ إقدامه على شراء من يعتق عليه مع علمه به لا يقصد فيه ما يقصد في عبد الخدمة بخلاف الوكيل وبخلاف ما إذا جهل المشتري أنه ممن يعتق عليه قوله فرع للوكيل التوكيل فيما لا يحسنه إلخ حيث وكل لكونه لا يحسنه أو لا يليق به أو يعجز عنه لكثرته فإنما يوكل عن موكله فإن وكل عن نفسه بطل على الأصح أو أطلق وقع عن موكله قوله قال الإسنوي وقضيته امتناع التوكيل إلخ أشار إلى تصحيحه قوله فلو كثر وكل فيما لا يمكنه الإتيان به

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢/١٠٥

". (١)

" الوالد بخلافه وأنه لا تصح إجارتها إلا إجارة عين كالعقار بدليل عدم صحة السلم في السفن قوله لأنه لا يثبت فيها إلخ فتتعين رؤيته إذ لا يمكن وصفه لأن موضعه مقصود لاختلاف الغرض به فلو ذكر لانحصر فيه وذلك يخالف وضع ما في الذمة قوله لأن المراد بالعين ثم ما يقابل المنفعة إلخ أشار إلى تصحيحه وكتب أيضا أو لأن المراد هنا ارتباط العقد بها والمراد هناك مورده

قوله والتنجيم في التأجيل بأول الشهر وكذا بآخره خلاف ففي الشرحين والروضة في السلم عن الأصحاب المنع وفي الصغير الأقوى الصحة ونقله السبكي وجماعة عن النص ورجحوه وقوله وفي الصغير الأقوى الصحة أشار إلى تصحيحه

قوله لكن قال ابن الرفعة للموقوف عليه أن يتصرف إلخ أشار إلى تصحيحه وكتب عليه أيضا ما قاله ابن الرفعة ظاهر لأنا حكمنا بالملك ظاهرا في المقبوض للموقوف عليه وعدم الاستقرار لا ينافي جواز التصرف كما نصوا عليه في كتاب الزكاة فيما إذا أكرى دارا سنين وقبض الأجرة فحكموا بالملك فيها وأوجبوا زكاتها بمجرد مضي الحول الأول على أصح الطريقين وإن كان لا يلزمه أن يخرج إلا زكاة ما استقر على الأظهر وكما حكموا بأن الزوجة تملك الصداق وتتصرف فيه جميعه قبل الدخول وكذلك في الموصى له بالمنفعة مدة حياته إذا أجر الدار وقبض أجرتها له التصرف فيها وإذا مات يرجع في التركة بالحصة ويلزم على ما قاله القفال أن الشخص يمنع من تصرفه في ملكه من غير تقدم حجر عليه بل بأمر موهوم ثم إن الأجرة المقبوضة إذا تركت في يد الناظر فإن كانت مضمونة عليه لزم خلاف القاعدة وإن لم تضمن حصل الضرر للمالك الذي هو البطن الأول فس قوله لأنه ملكه في الحال وإن احتمل عدم بقائه لمدة إجارتها

قوله بل هو نوع من **التراضي** والمعونة لعله جعالة اغتفر فيها الجهل بالجعل كمسألة العلج أو أن العامل يتبرع على صاحبه بالحج وصاحبه يتبرع عليه بالنفقة قوله كبيع الزرع على أن يحصده البائع أشار إلى تصحيحه قوله لوقوعه ضمنا كأنهم جعلوا القابض إن لم يكن معينا كالوكيل عن المؤجر وكالة ضمنية قال شيخنا ويؤخذ من ذلك بطريق الأولى صحة تسويغ الناظر بعض مستحقي الوقف بمعلومه على بعض سكان العين الموقوفة لأن الساكن ينزل منزلة وكيل الناظر كما لو أذن له في صرف الأجرة في العمارة ويصح قبض المستحق لنفسه أيضا وتبرأ به ذمة الدافع قوله أشبههما في الأنوار المنفق إن ادعى محتملا هو الأصح كما صححه السبكي وغيره وهو نظير ما صححاه في مسألة هرب الجمال إذا أذن له الحاكم في الإنفاق

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢/ ٢٧٠

". (١)

" قوله على رأي أي مرجوح قوله وكان حقه أن يقول وثلثا وقف عليه بلغة ربيعة الطرف الخامس السفر ببعضهن قوله لا يجوز وإن كان لا يقسم لهن إلا بالقرعة أي أو **بالتراضي** كما ذكره الماوردي لكن لهن الرجوع لا أن يشرع في السفر بحيث يجوز له القصر لو كان فيهن من لا يعتبر رضاها بجنون أو صبا تعين الإقراع بالنسبة إليها قوله عند تنازعهن علم منه أن العاجزة عن السفر لا تدخل في القرعة قوله ولأن المسافر معه وإن فازت بصحبته إلخ والمقيمة وإن فاتها حظها من الزوج فقد ترفهت بالدعة والإقامة فتقابل الأمران فاستويا قوله فليس له أن يسافر بها فيه بقرعة ولا بغيرها إلخ لأن جواز السفر بها بالقرعة من رخص السفر

قوله في صورته السابقة هي قوله أو بمحل آخر في طريقه قوله ذكر الأصل فيه احتمالين أرجحهما لا قوله إذ له أن يختص ببعض كما في الحضر قضيته أن له ترك الكل وبه صرح المتولي لكن حكى في البسيط عن الأصحاب أنه لا يجوز له ذلك وهو متابع للفوراني وهو الوجه لما فيه من الإهمال والإضرار وقد ذكره المصنف بقوله ولو سافر لنقلة إلى قوله أثم قوله أو يستمر حكمهما إلخ أشار إلى تصحيحه قوله قال الزركشي نص الأم يقتضي الجزم بالثاني ورجحه البلقيني ولو أقام بمقصده وانقطع ترخصه ثم أنشأ منه سفرا إلى أمامه قال الإمام فإن بدا له هذا السفر ولم يكن نواه في خروجه الأول قضى هذه الأيام وإن كان نواه أولا فهذا محتمل والأوجه الوجوب ا هـ وقال الشافعي في الأم لو دخل البلد المقصود مع التي خرجت قرعتها ثم عن له سفر آخر إلى بلد آخر مضى ولا يقضي لأن كل ذلك سفر واحد ألا ترى أنه يستبيح القصر والفطر في الزيادة حكاه في البحر

ولا تنافي بين الكلامين لأن كلام الإمام فيما إذا انقطع ترخصه بمقصده وإن كان في آخر كلامه نظر وكلام الشافعي فيما إذا لم ينقطع ترخصه ش المعتمد إطلاق النص

قوله ويقضي لمن مع الوكيل المراد بالوكيل هنا المحرم فإن كان أجنبيا امتنع عليها السفر وحده وفي الاكتفاء في هذه السفر بالنسوة الثقات نظر والظاهر جوازه معهن لأنه سفر واجب

". (٢)

" قوله إذ لا وجوب بالاحتمال لأن من لم يتمسك بدين مهدر وعدم بلوغ الدعوة أمر نادر واحتمال صدق من ادعاه احتمال ضعيف لا نوجب الضمان بمثله

قوله لا يجبر على أخذ معيب في معنى المعيبة المهزولة هزالا فاحشا قاله الأصحاب قوله لأن له إسقاط الأصل إلخ ولقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف قوله ويعرف الحمل بقول عدلين خبيرين إن لم يصدقه المستحق المطلق التصرف قوله تجب الدية من غالب إبل الدافع قضية كلام الأصحاب أن المراد نوع إبله لا عينها

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤٠٤/٢

(٢) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢٣٧/٣

فيكون مراده بقوله من غالب إبل الدافع أي من نوعها تنبيه ذكر البلقيني أن كل من أوجبنا عليه أن يفدي بأقل الأمرين من القيمة وأرش الجناية لا يقضى عليه بالإبل فإذا كان الأقل القيمة دفعها من النقد أو الأرش فالخيار له إن شاء أعطى الأرش إبلا وإن شاء أعطى بقدر الأرش من قيمة العبد نقدا قال ولم أر من صرح به ثم ذكر من كلامهم ما يدل عليه قوله وإن شاء من غالب إبل البلد أو القبيلة شمل ما لو كانت إبل الجاني أعلى من غالب إبل البلد أو القبيلة قوله فما شاء الدافع أخذت فإن غلب ن وع منها تعين قوله فالأقرب فإن استوى بلدان في القرب واختلف الغالب فيهما تخير

قوله وهذا نقله الأصل عن الإمام أشار إلى تصحيحه وكتب عليه قال البلقيني وإجراء هذا الكلام على ظاهره متعذر ولا بد من إدخال الباء على مؤنة ليستقيم ونبه في المهمات أيضا على ذلك وقد أشار إلى ذلك الغزالي في بسيطه لما لخص كلام إمامه فقال ومعنى العجز أن يبعد عن النظر بعدا تزيد قيمته مع مؤنة النقل على ما يشترى به في المحل المطلوب وهو محل العزة زيادة تعد غبينة في نقل الإبل قوله ثم القيمة من غالب نقد بلد الإعواز وهو أقرب البلاد فكما تقوم سليمة حال عيبها كذلك تقوم حال عدمها وتراعى صفتها في التغليظ فإن غلب نقد إن تخير الجاني وكتب أيضا تخير الدافع قوله ومع وجودها لا يؤخذ غيرها إلا **بالتراضي** قال صاحب البيان كذا أطلقوه وليكن

". (١)

" مبنيا على جواز الصلح عن إبل الدية نقله عنه الشيخان وما في البيان تفقها من البناء صرح به إبراهيم المروزي في تعليقه قوله وحمل ابن الرفعة إلخ أشار إلى تصحيحه قوله وما هنا على ما إذا كانت معلومتها فله يجوز جزما وبه صرح في الوسيط في كتاب الصلح والمراد ما إذا ضبطت بصفات السلم التي يجوز معها بيع الموصوف ومحل منع الصلح عليها أما إذا علم سنها وعددها وجهل وصفها وكتب أيضا على قوله إذا كانت معلومتها أي بأن تعينت ويرد عليه أن تعيينها لا يقتضي أن القيمة مأخوذة عن أعيانها وإن علمت صفاتها لأن المستحق لا يملكها بالتعيين ليكون أخذ القيمة عوضا عنها إنما القيمة مأخوذة عما في الذمة وهو مجهول الصفات وأما ما في البيان فقد أجيب عنه بما حاصله الفرق بين الصلح عن إبل الدية وبين **التراضي** بالقيمة بدلها بأن الصلح عقد اعتياض فاعتبر فيه العلم بالمعقود عليه **والتراضي** بقيمة الإبل تنزيلا لها منزلة المعدومة التي يرجع إلى قيمتها بدلها على الجديد دون تعاقد وفي كلام الإمام ما يؤخذ منه هذا الفرق

الباب الثاني في دية ما دون النفس

قال الفوراني في الإبانة لا يتصور أكثر من ثمانية عشر دية في شخص مع بقائه

ا هـ

وفي التلخيص أنه يجتمع في الرجل تسع عشرة وما يجتمع في المرأة فكالرجل إذا قلنا في حلمتي الرجل الدية وفي مقابلة الذكر والأنثيين لها الشفران والإفضاء وإن قلنا في حلمتي الرجل الحكومة فتزيد المرأة بواحدة وهي الحلمة

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤/٤٩

وقول ابن الرفعة أنه يجتمع في الرجل وهو حي تسع وعشرون دية وستة وعشرون في المرأة تسمح قاله الأذرعي قوله ولو للعظم الناتئ خلف الأذن أو العظم الذي تحتها قوله وفي المنقلة عشر من الإبل إلخ وإن قال الماوردي إن المنقلة لا بد من إيضاحها لتنقل العظم الذي فيها فصار الإيضاح عامدا إلى جانبها قوله وقال الماوردي فيها ثلث الدية وحكومة أي لخرق الخريطة وقيل فيها الدية لأنها تذفف ومنع ذلك قوله فعلى كل من الثلاثة خمس من الإبل وعلى الأم تكملة الثلث هذا إن لم يمت فإن مات من جميعها وجبت ديته عليهم بالسوية لأن القتل لا يفرق فيه بين الجرح الكبير والصغير قاله الفارقي في فوائده فلو خرق آخر خريطة الدماغ ففي التهذيب أن عليه دية النفس كالحز بعد قطع غيره

قال الرافعي وهذا على طريقة من جعل الدامغة مذففة قال ابن الرفعة وبه صرح القاضي الحسين وحكاه ابن سريج قال شيخنا قد جزم في العباب بوجوب حكومة عليه وهو الأوجه وفرض المسألة أنه لم يمت أو مات بسبب آخر فإن مات بفعلهم وجبت ديته عليهم بالسوية قوله وهو محض تكرار إلخ هو من عطف الخاص على العام ذكره لأجل قوله ويقتص فيها ولئلا يتوهم من جريان القصاص فيها أن فيها أرشا مقدرا

". (١)

" قوله سواء كانا راكبين إلخ لو لم يقدر راكب الدابة على ضبطها ففي ضمانه إتلافها قولان أحدهما لا لخروج الأمر عن اختياره وأظهرهما نعم لأن من حقه أن لا يركب إلا ما يضبطه

اهـ

شمل ما لو كان يقدر على ضبطها فاتفق إن قهرته وقطعت العنان الوثيق وشمل أيضا ما لو كان مضطرا إلى ركوبها قوله أم مدبرين بأن حرنت الدابتان فاصطدمتا من خلف قوله كأن كانا أعميين إلخ أو مدبرين قوله فإن كانت كذلك لم يتعلق بحركتها حكم أشار إلى تصحيحه قوله وجزم به ابن عبد السلام وجزم به جماعة منهم صاحب الأنوار والبلقيني قوله ولا ينافيه قول الشافعي سواء إلخ قالوا أراد بذلك المبالغة في التصوير قوله ومثل ذلك يأتي في الماشيين كما قاله ابن الرفعة أشار إلى تصحيحه

تنبيه في فتاوى ابن الصلاح أن الخاني لو استؤجر على حفظ دابة فانفلتت على أخرى وأتلفتها وغلبته ولم يقدر على دفعها فلا ضمان قال ومسألة السفينتين إذا غلبت الريح تدل على أن من في يده الدابة إذا غلبته لا ضمان عليه وفي الإبانة نحو ذلك أعني نحو مسألة الخاني قال شيخنا سيأتي ثم الفرق بينهما قوله ونصف قيمة دابة الآخر تعبيره كأصله بنصف القيمة هو المعروف ولا يقال بقيمة النصف فإنه أقل للتشقيص كما ذكره الرافعي في الصداق وغيره وقال النووي في شرح المهذب في باب الخلطة إنه الصواب

فرع اصطدم اثنان بإناءين فيهما طعام فانكسرا ضمن كل نصف قيمة إناء الآخر وأما الطعامات فإن تميزا فعليهما مؤنة الفصل وأرش النقص أو اختلطا ولم يتميز قوم كل واحدة ثم قوما بعد الاختلاط فإن لم يكن نقص اشتركا بقدر

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٥٠/٤

القيمتين وفي قسمته **بالتراضي** قولان بناء على أنها بيع أو إفراز وإلا ضمن كل نصف الأرش وتقاصا ثم كانا في الشركة كما سبق قوله إذا أتلفه ذو اليد أي أو فرط فيه وكانا ممن يضبطان المركوب أما من لم يستمسك على الدابة فمضمون لا محالة

". (١)

" قوله ولا ينقل المريض من الحجاز عبارة المنهاج وإن مرض في غيره من الحجاز وعظمت المشقة في نقله ترك وعبارة الحاوي الصغير لا إن مرض وشق نقله قوله فينقل منه وإن خيف من النقل موته بخلاف غيره من الحجاز فإنه لا ينقل منه إن شق نقله أو خيف موته منه وهذا هو المعتمد قوله وإلا دفن فيه محله في الذمي أما الحربي فلا يجب دفنه بل في وجه لا يجوز قوله ويأذن له الآحاد شرط الإذن أن يكون مكلفا وفي الكافي أن لا يشترط عليه في عهده عدم الدخول كما صرح به الماوردي وغيره قوله وجلوس القاضي فيه إذن للكافر المخاصم قعود المفتي فيه للاستفتاء كذلك قوله وأقله دينار وأكثره ما وقع عليه **التراضي** لأنه عقد يعتبر فيه **التراضي** فجاز بما وقع الاتفاق عليه مما لم يرد الشرع بخلافه كالبيع قوله لما رواه الترمذي إلخ قال الشافعي وهو مبين لما أريد بالجزية في قوله تعالى حتى يعطوا الجزية قال ولا نعلم النبي صلى ال له عليه وسلم صالح أحدا على أقل من دينار ونقل الشيخ أبو حامد فيه الإجماع وسواء في ذلك الغني والفقير والمتوسط لإطلاق الخبر فإنه أوجب الدينار ولم يفصل ولأنها شرعت لحقن الدم أو لسكنى الدار أو للمجموع والغني والفقير والمتوسط يستوون في ذلك فاستووا في مقابله قوله وقال إنه ظاهر متجه وقال الزركشي إنه ظاهر وهو الراجح قوله وتستحب المماكسة وإن علموا جواز الاقتصار على الدينار قوله بل إذا أمكنه أن يعقد بأكثر منه لم يجز إلخ فقد نقل ابن الرفعة عن الأصحاب أنه ليس للعاقد إذا قدر على العقد بمائة دينار أن ينقص منها دانقا وهذا بالنسبة إلى ابتداء العقد فأما إذا عقد لهم العقد على شيء فلا يجوز أخذ زائد عليه نص عليه الشافعي في سير الواقدي من الأم وقوله فقد نقل ابن الرفعة إلخ أشار إلى تصحيحه وكذا قوله نص عليه إلخ قوله فتعقد للغني بأربعة والمتوسط بدينارين قال الزركشي لم يذكروا ضابط ال غني والمتوسط يحتمل كما في النفقة والعاقلة ويحتمل الرجوع إلى العرف ا ه والأقرب ضبطهما بما في العاقلة قوله بل الأصحاب إنما صدروا به في الأخذ فقالوا إلخ المماكسة لا تكون إلا في ابتداء العقد فأما إذا انعقد العقد لهم بشيء فلا يجوز أخذ زائد عليه نص عليه الشافعي في الأم ومعنى قول الأصحاب المذكور أن يعقد للغني والمتوسط بما ذكر فيؤخذ منهما ذلك لكن لها حالان أحدهما أن يعقد لمن علم غناه أو توسطه بما ذكر وهو ما ذكره المصنف بقوله فيعقد للغني إلى آخره ثانيهما أن يعقد على صفة الفقر والغنى والتوسط وتغيير حال الآخذ وهو ما ذكره بقوله فإن شرط وأطلق على كل فقير إلى آخره فقد قالوا هذا بالنسبة إلى ابتداء العقد فأما إذا انعقد لهم العقد

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤/٧٦

". (١)

"قال ابن عباس : لم يتمن نبي الموت غير يوسف صلى الله عليه وسلم ، وقال غيره : إنما تمنى الوفاة على الإسلام لا الموت

الشرح

(قوله : محبوسة عن مقامها الكريم) قال حج : وإن قال جمع محله فيمن لم يخلف وفاء أو فيمن عصى بالاستدانة ا هـ .

فأفاد أنه لا فرق في حبس روحه بين من لم يخلف وفاء وغيره وبين من عصى باستدانة وغيره (قوله : حتى يقضى عنه) ومن ذلك ما أخذ بالعقود الفاسدة كالمعاطاة حيث لم يوف العاقد بدل المقبوض كأن اشترى شراء فاسدا وقبض المبيع ، وتلف في يده ولم يوف بدله .

أما ما قبض بالمعاملة الفاسدة وقبض كل من العاقدين ما وقع العقد عليه ففي الدنيا يجب على كل أن يرد ما قبضه إن كان باقيا وبدله إن كان تالفا ، ولا مطالبة لأحد منهما في الآخرة لحصول القبض **بالتراضي** .

نعم على كل منهما إثم الإقدام على العقد الفاسد (قوله : واستشكل في المجموع البراءة بذلك) راجع لقوله سأل وليه (قوله للحاجة والمصلحة إلخ) أي فينتقل الحق إلى ذمة الملتزم ولو أجنبيا وتبرأ ذمة الميت بذلك ، ويجب على الملتزم وفاؤه من ماله وإن تلفت التركة .." (٢)

"قال في المجموع : وما قاله بعض العلماء من أن **التراضي** مختص بالصحابة والترحم بغيرهم ضعيف .

قال المصنف : ويستحب لكل من أعطى زكاة أو صدقة أو كفارة أو نذرا أو نحوها كإقراء درس وتصنيف وإفتاء أن يقول : ﴿ ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم ﴾ .

الشرح

(قوله : ولو ورث سائمة ودامت إلخ) وقع السؤال في الدرس عما لو أسامها الوارث على ظن بقاء مورثه ، ثم تبين وفاته ، وأنها في ملك المورث جميع المدة هل تجب عليه الزكاة لكونه أسامها بالفعل مع كونها في ملكه فظنه للإسامة عن غيره لا يمنع من وقوعها له أم لا ؟ فيه نظر .

أقول : والأقرب الثاني ، وقد يدل له ما ذكره سم على منهج حيث قال قوله ولم يعلم عبارة البهجة وشرحها للشارح : وما

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢١٥/٤

(٢) حاشية الشبراملسي، ٤٢١/١١

علم أي الوارث بموت مورثه أو بأنها نصاب أو بكونها سائمة لعدم إسامة المالك لاستحالة القصد إليها مع عدم العلم ا هـ .

وقد يؤخذ من هذا أن غير الوارث إذا لم يعلم أن ماشيته نصاب لا زكاة وإن أسامها إلا أن يفرق فليحرر ا هـ .

أقول : ولعل الفرق أقرب فإنهم إذا اشترطوا كون المال نصابا ولم يذكروا اشتراط العلم .." (١)

"(قوله : ويغرم قيمته) أي وإن لم يرسله ؛ لأنه سبب في خروجه عن ملكه بالإحرام (قوله : ومن مات) أي شخص غير محرم (قوله : ورثه) أي المحرم (قوله : حيث توقف إلخ) أي حيث لم يتوقف زوال ملكه على إرسال ، بخلاف ما لو دخل في ملكه بعد الإحرام حيث إلخ ، ولعل في العبارة سقطا ، والأصل قبل الإحرام حيث لم يتوقف زوال ملكه على إرسال وبين ما دخل في ملكه وهو محرم (قوله : وما اعترض به) أي على الفرق (قوله : وعليه لو وجد المحرم بثمن الصيد) : أي المعين في العقد أما ما في الذمة فلا يتوقف رده على التحلل ، وليس رده فوريا ؛ لأن ما في الذمة لا يملك إلا **بالتراضي** (قوله : وضعه الصيد في فراشه) أي أو وقع ذلك بنفسه (قوله : وفي بعض حالاته) جواب عما يقال كيف كان الصيد حقا لله مع أن بدله يصرف للفقراء ؟ وحاصل الجواب أنه وجب أصالة لله تعالى وقد جعله الشارع للفقراء فكأنه تعالى أمر بدفع ما ملكه للفقراء ، ومن ثم لا يسقط بإسقاطهم كالوكيل في القبض إذا أسقط الدين عن المدين ، وهذا الجواب يطرد في كل ما وجب لله تعالى من الحقوق المالية كالزكاة والكفارات وغيرهما .." (٢)

"ويتجه الفرق الآن في الهزل قصد اللفظ لمعناه غير أنه ليس راضيا ، وليس من الاستهزاء قصد اللفظ بمعناه ، ويؤيده أن الاستهزاء يمنع الاعتداد بالإقرار ا هـ سم على حج (قوله : لقوله تعالى) علة لاشتراط الإيجاب ووجه الدلالة فيما أنه اقتصر فيها على مجرد **التراضي** ، والمراد ما يدل عليه فيشمل الهزل وغيره (قوله : واختار المصنف) أي من حيث الدليل (قوله : في كل ما) أي عقد ، وقوله : بها : أي بتلك الألفاظ كما يدل عليه قول الشيخ في شرح قول الروض في كل ما : أي بكل ما انتهى ، ووجه الدلالة أنه جعل في بمعنى الباء المفيدة لكون مجرورها هو سبب الانعقاد ، وعليه فالأقوال الثلاثة متباينة ، ولا تتقيد المعاطاة بالسكوت بل كما تشمله تشمل غيره من الألفاظ الغير المذكورة في كلامهم للصريح والكناية (قوله : بها) أي المعاطاة (قوله : فباطل اتفاقا) أي من الشافعية (قوله : حيث لم يقدر الثمن إلخ) أي ولم يكن مقداره معلوما للعاقدين باعتبار العادة في بيع مثله فيما يظهر ، فلو قدر من غير صيغة عقد كان من المعاطاة المختلف فيها (قوله : على أن الغزالي سامح فيه) أي الاستجرار (قوله : وعلى الأصح لا مطالبة بها) أي." (٣)

---

(١) حاشية الشبراملسي، ١٢/١٣٠

(٢) حاشية الشبراملسي، ١٥/١٥٩

(٣) حاشية الشبراملسي، ١٥/٢٧٠

"باقية على إطلاقها ، وجرى عليه حج حيث قال : وفي إلحاق الصليب به : أي بالنقد الذي عليه صور أو بالصنم تردد ، ويتجه الثاني إن أريد به ما هو شعارهم المخصوصة بتعظيمهم والأول إن أريد به ما هو معروف (قوله : وكتب علم) أي ولا بيع كتب إلخ (قوله : بضم الراء) أي كما في المصباح والمختار (قوله : قبل كسره) فإنه قد يباح استعماله لفقد غيره مثلا فلا يكون استعماله معصية ، ويرد على هذا أن آلة اللهو قد يباح استعمالها بأن أخبر طبيب عدل مريضا بأنه لا يزيل مرضه إلا سماع الآلة ولم يوجد في تلك الحالة إلا الآلة المحرمة ، أو يمكن أن يجاب بأن منفعة الآلة على هذا الوجه لا ينظر إليها ؛ لأنها نادرة ولأنها تشبه صغار دواب الأرض إذ ذكر لها منافع في الخواص حيث لا يصح بيعها مع ذلك ، بخلاف الآنية فإن الاحتياج إليها أكثر والانتفاع بها قد لا يتوقف على إخبار طبيب كما لو اضطر إلى الشرب ولم يجد معه إلا هي (قوله : من اتخاذ ممر له إلخ) وطريقه في هذه أخذا مما يأتي فيمن أراد شراء ذراع من ثوب نفيس أن يحدث الممر هنا في ملك مريد الشراء أو في شارع **بالتراضي** منهما ثم يشتري منه بعد ذلك (قوله : نعم محله في." (١)

"قال في الروض وشرحه : فرع : وإن باع شخص شيئا بدينار صحيح فأعطاه صحيحين بوزنه : أي الدينار أو عكسه : أي باعه بدينارين صحيحين فأعطاه دينارا صحيحا بوزنهما لزمه قبوله ؛ لأن الغرض لا يختلف بذلك وصورة العكس من زيادته ، ولا حاجة لقوله فيها فأعطاه دينارا بوزنهما لا إن أعطاه في الأولى صحيحا أكثر من دينار كأن يكون وزنه دينارا ونصفا فلا يلزمه قبوله لضرر الشركة إلا **بالتراضي** فيجوز ، فلو أراد أحدهما كسره وامتنع الآخر لم يجبر عليه لضرر القسمة (قوله : وإن كان معدوما إلخ) قد يشكل على ما قدمه في قوله ولا ترد صحته في نقد يعز وجوده إلا أن يفرق بأنه من العزة يمكن تحصيله

___." (٢)

"ومثل ذلك العجوة المعروفة حيث جمع فيها بين جنسين كبيع مد منها ودرهم بمد ودرهم غيرهما (قوله وكثوب ودرهم) نبه به على أنه لا فرق فيما يختلف به الجنس بين الربوي وغيره كما يأتي في قوله ولا فرق إلخ (قوله : في المجلس) قد يشكل هذا بأن مقابل الذهب لم يتعين في العقد ؛ لأن الفرض أن العقد واحد فكيف يتأتى ما يقابل الذهب من الثمن إلا أن يقال : إنه عين **بالتراضي** منهما باعتبار القيمة بعد العقد فليتأمل (قوله : يعني غير الجنس) جملة على ذلك قول المصنف بعد كصحاح إلخ (قوله : باختلاف الصفة مثلا) يريد أن مراده هنا بالنوع ما ليس بجنس فيشمل اختلاف الصفة والنوع ا هـ ع .." (٣)

---

(١) حاشية الشبراملسي، ١٥/٣٦٥

(٢) حاشية الشبراملسي، ١٥/٤٢٥

(٣) حاشية الشبراملسي، ١٦/٥٢

"والمماثلة شرط في الربوي فالأمران مستويان ، فإذا قطع بانتفاء العلة فكيف يثبت الخيار ؟ يرد بما علم مما مر أن القصد بثبوت الخيار هنا مجرد التشهي ، على أن هذا

غفلة عما مر فيها المعلوم منه أنها لا تمنع أن أحدهما أفضل (والسلم والتولية والتشريك) لشمول اسم البيع لها ، ولو باع العبد من نفسه لم يثبت له خيار كما في المجموع ولا لسيده خلافا للزركشي ، ولا يرد ذلك لأن هذا عقد عتاقة لا بيع ، وينبغي أن يلحق به البيع الضمني لأنه لا بد فيه من تقدير دخوله في ملك المشتري قبل العتق ، وذلك زمن لطيف لا يتأتى معه تقدير آخر فالخيار فيه غير ممكن .

قاله الزركشي ، ويثبت أيضا في قسمة الرد فقط دون قسمتي الإفراز والتعديل ولو **بالتراضي** لأن الممتنع عنه مجبر عليه (وصلح المعاوضة) على غير منفعة ، بخلاف صلح الحطيطة فإنه في الدين إبراء وفي العين هبة .

أما صلح المعاوضة على منفعة فإجارة ، و لا يرد عليه لما سيأتي في كلامه من عدم الخيار فيها وعلى دم العمد فلا يرد أيضا لأنه معاوضة غير محضة ، وقد علم من سياقه أنه لا خيار فيها .

الشرح

---." (١)

"رخصة فلا يناسبها ثبوت الخيار ا هـ متن منهج بالمعنى وعبارة المحلي : ولا خيار في الحوالة على الأصح (قوله : تقدير آخر) أي زمن آخر يتمكن فيه أحدهما من الفسخ أو الإجازة (قوله : لأن الممتنع منه) أي كل من قسمتي الإفراز والتعديل (قوله : مجبر عليه)

يعني أنه لو امتنع أحد الشريكين من القسمة أجبر عليها في الإفراز والتعديل فلا ينافي امتناع الخيار فيما لو رفعت **بالتراضي** (قوله وصلح المعاوضة) كأن يصالحه على دار بعبد (قوله : على غير منفعة) أي أو نحوها مما ليس بيعا لكونه خلعا (قوله : بخلاف صلح الحطيطة) هي الصلح من الشيء على بعضه دينا كان أو عينا (قوله : أو عدم الخيار فيها) أي الإجارة (قوله : وعلى دم العمد) عطف على قوله على منفعة (قوله : وقد علم من سياقه) أي حيث عبر بأنواع البيع (قوله : أنه لا خيار فيها) أي في المعاوضة الغير المحضة .

---." (٢)

"قال في شرحه : وقوله في المعين من زيادته ولا حاجة إليه بل قد يوهم خلاف المراد لأن التلف إنما يكون في معين ا هـ .

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٢٤٤/١٦

(٢) حاشية الشبر املسى، ٢٥١/١٦

وقضية هذا الاعتراض أنه لو كان الثمن متقوما في الذمة عند العقد ثم عينه وأقبضه ثم تلف رد قيمته أقل ما كانت من العقد إلى القبض ا هـ سم على حج (قوله : ومر اعتبار الأقل) أي فيقال بمثله هنا (قوله : أما لو بقي) أي الثمن فله أي للمشتري (قوله : الرجوع في عينه) أي وله العدول **بالتراضي** إلى بدله على ما يفيده التعبير بله إلخ (قوله : إن وجده ناقص) قال في شرح العباب وفارق ما يأتي من أن نقص المبيع أدنى نقص يبطل رد المشترى بعيب قديم لكونه من ضمانه لأنه ثم اختار الرد والبائع هنا لم يختره ومن ثم لو اختار رد الثمن المعين بالعيب انعكس الحكم فيضمن نقص الصفة ولم يضمن المشتري نقص صفة المبيع ا هـ وقوله فيضمن نقص الصفة قضية إطلاقه أن له حينئذ الرد قهرا وقياس البيع خ لافه ا هـ سم على حج (قوله : كأن حدث به) أي الثمن (قوله : إن كان نقصها) أي القيمة نقص صفة (قوله : استحق الأرش) أي على البائع وهو له الرجوع على الأجنبي (قوله : وهو الأوجه) والفرق بينه وبين الإبراء أن." (١)

"الحادث بعد أخذ أرش القديم أو القضاء به امتنع فسخه بخلاف مجرد **التراضي** لا يقال : تقدم أن أخذ أرش القديم **بالتراضي** ممتنع لأنا نقول : عند إمكان الرد يتخيل أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وهي لا تقابل بخلافه عند عدم إمكانه فإن المقابلة تكون عما

فات من وصف السلامة في المبيع (وإلا) بأن لم يتفقا على شيء بأن طلب أحدهما الرد مع أرش الحادث والآخر الإمساك مع أرش القديم (فالأصح إجابة من طلب) الإمساك والرجوع بأرش القديم بائعا كان أو مشتريا لما فيه من تقرير العقد .

والثاني يجاب المشتري مطلقا لتلبيس البائع عليه .

والثالث يجاب البائع مطلقا لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه بخلاف المشتري .." (٢)

"وظاهره وإن كان زواله بفعل المشتري كإزالته بنحو دواء ولا شيء له في مقابلة الدواء (قوله بخلاف مجرد **التراضي**) أي يمنع الفسخ (قوله وهي لا تقابل) أي بعوض (قوله : فالأصح إجابة من طلب الإمساك) ظاهره وإن كان الآخر متصرفا عن غيره بنحو ولاية وكانت المصلحة في الرد ا هـ فليراجع سم على حج .

وينبغي أن يقال : إن كانت المصلحة في الرد وطلب الولي الإمساك لم يجز لما مر أن الولي إنما ينصرف

---." (٣)

"أقول : وقد يقال ذكر الخلاف يدل على أن هذا النص قابل لإجراء الخلاف بحيث يكون الخلاف المستنبط منه ، ومما يقابله من كلام الإمام موافقا لقواعده وحيث حمل على أنه **بالتراضي** دل على منافاته للخلاف بكل طريق

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٩١/١٧

(٢) حاشية الشبراملسى، ١٤٣/١٧

(٣) حاشية الشبراملسى، ١٤٩/١٧

فينافي اتفاق الأصحاب على قبوله للتخريج (قوله : وما لو) أي وشمل ما لو إلخ (قوله : وإن قال القاضي) أي فيما لو زال ملكه عن أحدهما للبائع ومشى عليه حج (قوله على نقله) أي الرد عنه أي القاضي (قوله : ويلحق بالبائع) أي في عدم رد أحدهما وإمساك الآخر (قوله : أي مع أن الأصح) خبر لقوله وقول الشارح (قوله لا يلزم منه مخالفة إلخ) أي لجواز أن أولويته بالنظر للدليل أو مقابل الراجح (قوله : والأوجه خلافه) وله الأرش في مقابلة النصف الذي خص أخاه ويسقطه عنه ما يقابل النصف الذي يخصه لأن الإنسان لا يجب له على نفسه شيء ومحله إذا لم يكن دين ، وإلا تعلق جملة الأرش بالتركة فيز ا حم الديون (قوله : ولو فسخ المشتري) أي أو بعض الورثة بعد اطلاعه على العيب (قوله : فيه نظر) والمعتمد عدم الانفساخ كما يأتي وهذا اللفظ منه لغو ، وفي سقوط الرد القهري به ما سنذكره قريبا (قوله : ولو قال." (١)

"(قوله : وهو ممتنع) أي إلا أنه لا يضر في الجواب ؛ لأن هذا منع آخر غير الذي رفعه التراضي قوله : وشمل قوله وإن ضرهما) عبارة شرح الروض : وشمل كلام المصنف يعني قوله وإن ضر أحدهما ونفع الآخر ما لو ضر السقي أحدهما ومنع تركه حصول زيادة للآخر إلخ ، فكلامه إنما هو في تضرر أحدهما فقط ، وإنما احتاج لقوله لاستلزام إلخ لأجل قول الروض ونفع الآخر ، فهو غير محتاج له في عبارة الشارح لحذف المعطوف في عبارة المنهاج بل لا معنى لها فتأمل .

___." (٢)

"(قوله : أو بعد بدو صلاحه) تقدم نقل عدم الضمان في هذا عن بحث السبكي ، وعليه فكان الأولى عدم زيادتها ، إلا أن يقال : ما تقدم في ترك السقي وهذا في التلف بالعاهة (قوله : من ضمان المشتري) أي ولا فرق بين كونه قبل التخلية أو بعدها (قوله : أو ما يغلب تلاحقه) أي يقينا أخذا من قوله قبل أو جهل إلخ (قوله : وقثاء وبطيخ) هذه أمثلة للثمرة ، ومثاله للزرع بيع البرسيم ونحوه فلا يصح إلا بشرط القطع لأنه مما يغلب فيه التلاحق بزيادة طوله واشتباه المبيع بغيره وطريق من أراد شراءه للرعي أن يشتري بشرط القطع ثم يستأجر الأرض مدة يتأتى فيها رعيه وفي هذه تكون الربة للمشتري ، وأما إن اشتراه بشرط القطع وأخر بالتراضي أو دونه فالزيادة للبائع حتى السنابل ، فإن بلغ البرسيم إلى حالة لا يغلب فيها زيادة واختلاط صح بيعه مطلقا وبشرط القطع وبشرط الإبقاء حتى يستوفيه بالرعي أو نحوه (قوله : فدعوى) أي ادعاء ذكره لتأويل الدعوى بالادعاء فلا يقال كان الصواب أن يقول ممنوعة (قوله : وعلى الأول) هو قوله : يتخير المشتري (قوله : بما حدث بهبة) ع انظر كيف الهبة مع الجهل بالمقدار أو العين سم على." (٣)

---

(١) حاشية الشبراملسي، ١٧/١٦٨

(٢) حاشية الشبراملسي، ١٨/٢١

(٣) حاشية الشبراملسي، ١٨/٦٤

"(قوله : قاله الرافعي) قال حج : وفرق بين اعتبار قيمة يوم التلف هنا وبين ما لو باع عينا فردت عليه بعيب وقد تلف الثمن المتقوم بيد البائع فإنه يضمنه الأقل من العقد إلى القبض بأن سبب الفسخ هنا حلف البائع فنزل منزلة إتلافه فتعين النظر ليوم التلف ، وثم الموجب للقيمة هو مجرد ارتفاع العقد من غير نظر لفعل أحد فتعين

النظر لقضية العقد وما بعده إلى القبض ، قال : وكالرد بالعيب ثم مطلق الفسخ بإقالة أو نحوها وكالثمن ثم المبيع لو تلف عند المشتري ففيهما يعتبر الأقل المذكور لا قيمة يوم التلف ا هـ .

.

(قوله : ومنازعة الإسنوي في قياس ما تقرر على الإقالة) أي بالنسبة لجواز استقلال أحدهما بالفسخ كما يعلم من جوابه .

(قوله : أي بلفظ الإقالة) أشار به إلى رد ما ذهب إليه الشهاب حج تبعا لما نقله الشيخان في بعض المواضع من أن لهما **التراضي** على الفسخ من غير سبب ، وعبارته هنا و رد : أي الإسنوي بأن تمكين كل بعد التحالف من الفسخ كتراضيهما به من غير سبب ، وقد مر أنه في معنى الإقالة فصح القياس .." (١)

"والمشتري بعد أن أجر المشتري المبيع فإن البائع له أجرة مثل ما بقي من المدة مع أن الإقالة **بالتراضي** من المتبايعين إلا أن يقال إن الإقالة تندب لتخلص النادم ، وكأنه من هذه الحيثية مجبر على الإقالة لطلبها منه (قوله : ولو كان زكاة إلخ) هذه وما بعدها مستثناة من قاعدة ما ضمن كله بكل البدل يضمن بعضه بقسطه ، وعبارة حج تعليلا لوجوب الأرش لأن كل ما ضمن بها ضمن بعضه ببعضها إلا في نحو خمس صور على ما فيها : منها الزكاة والصداق ا هـ .

وعليه فكان الأولى أن يقول هنا : ويستثنى من وجوبه الأرش أو نحو ذلك (قوله : لم يمنع) أي التدبير (قوله : من أنه) أي التدبير (قوله : وما إذا حصل) أي الاختلاف .

قوله : وهو ما نقص من قيمته) أي فالأرش هنا غيره فيما مر في باب الخيار قوله : ولو كان زكاة معجلة إلخ) هذا من تعلق القاعدة التي أشار إليها فيما مر بقولها ؛ لأن الكل مضمون على الم شتري بالقيمة إلخ ، فحمله هناك ، وعبارة التحفة : لأن كل ما ضمن بها ضمن بعضه ببعضها إلا في نحو خمس صور على ما فيها : منها الزكاة المعجلة والصداق ___." (٢)

---

(١) حاشية الشبراملسي، ١٨/١٠٦

(٢) حاشية الشبراملسي، ١٨/١١١

"أقول : والظاهر الأول ؛ لأنه **بالتراضي** كأنه ملكه تلك الدراهم بماله عليه من الدين فأشبه ما لو باع العين المغصوبة للغاصب بما له عليه من الدين (قوله : ومحله فيما لو إلخ) لا يظهر هذا التقييد لما الكلام فيه ؛ إذ هو في خصوص الصلح ، فلعل في العبارة سقطا .

ومع ذلك فالظاهر أن المراد منه رد هذا التفصيل بأن محله في البيع المذكور دون غيره فيكون القبض صحيحا مطلقا ، ثم رأيت في نسخة صحيحة إسقاط لفظة ومحله (قوله : والصحة إلخ) لا تكرار فيه مع

ما تقدم ؛ لأن ما مر اتفق المصالح منه والمصالح عنه واختلفا في الصفة وما هنا اختلفا قدرا وصفة (قوله : وقضية ما تقرر) من أنه لو صالح من عشرة حالة على خمسة مؤجلة إلخ ، وقوله فيه : أي في التفصيل المفرق بين الصلح من المؤجل على الحال وعكسه (قوله : عدم الفرق إلخ) فيه تفصيل كما يفهم مما نقله حج عن الجواهر .." (١)

"وهو مخالف لكلام الشارح (قوله : لا يحل للمشتري قبض تمام المائة) أي لأنه لا تجوز الزيادة على مثل الثمن أو قيمته ولو **بالتراضي** ، على أنه هنا لا تراضي لأن الشفيع إنما دفع تمام المائة ليتمكن من الأخذ

(قوله : كفص مجهول القيمة) ليس المراد منه مجرد التمثيل بل هو قيد في المتقوم : أي متقوم هو كفص مجهول القيمة إلخ .

وعبارة التحفة : أو بمتقوم وتعذر العلم بقيمته قوله : وليس له الحلف إلخ) أي : لعدم كفاية ذلك ، وعبارة شرح الروض : ولا يكفيه

---." (٢)

"وعلم به المالك ثم غاب وعزل العامل نفسه في غيبته وما هنا على خلافه (قوله : أما إذا لم يطلب المالك إلخ) وعليه فلو كان المالك اثنين وطلب أحدهما التنضيض والآخر عدمه فهل يجاب الأول أو الثاني ؟ فيه نظر ، وينبغي أن يقسم المال عروضا فما يخص من طلب

العروض يسلم له وما يخص من طلب التنضيض يباع ويسلم له جنس رأس المال (قوله : بتقويم عدلين) قضيته أنه لا يكتفي بتقويم رجل وامرأتين ، ويوافقه ما مر في الغصب عن العباب وهذا ظاهر في الأعيان ، وأما إذا كانت ديونا فما طريق قسمة ذلك ، ويحتمل أن يقال : إن تراضى العامل والمالك على تعين بعض الديون للعامل وبعضها للمالك فذاك ، وإلا رفعا الأمر للحاكم فيستوفيها ويقسم الحاصل عليهما وعلى **التراضي** يكون ذلك كالحوالة ، فإن تعذر على أحدهما

(١) حاشية الشبراملسي، ٢٠/٢٠٦

(٢) حاشية الشبراملسي، ٢٣/٢٧٠

استيفاء ما عين له من الديون لم يرجع على صاحبه ، كما لو تعذر على المحتال الأخذ من المحال عليه لا يرج ع على المحيل ، ويقسم كل واحد من الديون بالمحاصة على حسب ما يخص كلا منهما أصلا وربحا (قوله : لا يكلف أحدهما بيعه) أي بل يقتسمانه إن شاءا أو يبيعانه معا (قوله : لزمه تنضيض الكل) معتمد .

___." (١)

"والعبرة في أجرة المثل في الفاسدة بموضع إتلاف المنفعة نقدا ووزنا ، وجواز الحج بالرزق مستثنى توسعة في تحصيل العبادة على أنه ليس بإجارة كما اقتضاه كلام الروضة كالشرح الصغير خلافا للولي العراقي ، بل هو نوع من **التراضي** والمعونة فهو جعالة اغتفر فيها الجهل بالجعل كمسألة العلج (فلا تصح) إجارة لدار (بالعمارة) لها (و) لا لدابة بصرف أو بفعل (العلف) لها بفتح اللام المعلوف به وبإسكانها كما بخطه المصدر للجهل بهما وإن كان عينا كآجرتكها بدينار على أن تصرفه في عمارتها أو علفها للجهل بالصرف فتصير الأجرة مجهولة ، فإن صرف وقصد الرجوع به رجع وإلا فلا ، والأوجه أن التعليل بالجهل جرى على الغالب ، فلو كان عالما بالصرف فالحكم كذلك كبيع زرع بشرط أن يحصده البائع .

والحاصل أنه حيث كان هناك شرط بطلت مطلقا وإلا كآجرتكها بعمارتها ، فإن عينت صحت وإلا فلا .

أما إذا أذن له في صرفها بـعد العقد بلا شرط فيه وتبرع المستأجر به فيجوز ، واغتفر هنا اتحاد القابض

___." (٢)

"لعلف أو استراحة كما قاله المتولي (ثم) بعد صحة الإجارة (يقتسمان) ذلك **بالتراضي** ، فلو تنازع في البادئ أقرع بينهما ، وذلك لملكهما المنفعة معا ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة .

نعم لو شرط الصحة في الأولى تقدم ركوب المستأجر ، وإلا بطلت

___

لتعلقها حينئذ بزمن مستقبل ، والقن كالدابة .

وقضية قوله أياما جواز جعل النوبة ثلاثة أيام فأكثر كأن يتفقا على ذلك وإن خالف العادة ، أو ما اتفقا عليه في العقد وهو كذلك ، حيث لا يضر بالدابة أو بالماشي ، ويحمل على ذلك كلام الروضة وغيرها .

ويؤخذ من نص الشافعي رضي الله عنه أنه لا بد من رضا مالك الدابة بذلك أخذا من قولهم لا يجوز النوم على الدابة في غير وقته لأن النائم يثقل ، وأنه لو مات المحمول لم يجبر مالك الدابة على حمله على ما يأتي .

(١) حاشية الشبراملسي، ٢٣/٤٠٢

(٢) حاشية الشبراملسي، ٢٤/١٠

الشرح

___." (١)

"المحلين بما يناسبه .

وفي الروضة وأصلها كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شربا من موضع آخر حكمنا عند التنازع بأن لها شربا منه ا هـ .

وأفهم كلامهما أن ما عد لإجراء الماء فيه عند وجوده إلى أرض مملوكة دال على أن

___

اليد فيه لصاحب الأرض التي يمكن سقيها منها سواء اتسع المجرى وقلت الأرض أو عكسه ، وسواء المرتفع والمنخفض ، وليس لأحدهم أن يسقي بمائه أرضا له أخرى لا شرب لها منه سواء أحياها أم لا لأنه يجعل لها رسم شرب لم يكن كما في الروضة ، ولو زاد نصيب أحدهم من الماء على ري أرضه لم يلزمه بذله لشركائه ، بل له التصرف فيه كيف شاء (ولهم) أي الشركاء (القسمة مهايأة) مياومة مثلا كأن يسقي كل منهم يوما كسائر المشتركة ، ولا نظر لزيادة الماء ونقصه مع **التراضي** ، على أن لهم الرجوع عن ذلك ، فإن رجع وقد أخذ نوبته قبل أن يأخذها الآخر نوبته فعليه أ جرة نوبته من النهر للمدة الذي أخذ نوبته فيها .." (٢)

"(قوله : ولا ينافي ما رجحه المصنف) أي من القسمة على قدر الأراضي ولم يرد أنه رجحه هنا (قوله : ولم نجد له شربا من موضع آخر) مفهومه أنه إذا كان لها شرب من محل آخر لا يكون لها شرب من هذا النهر ، وقد يتوقف فيه بأنه المانع أن يكون لها شرب من موضعين ، ومجرد كون لها شرب من غيره لا يمنع أن لها شربا منه أيضا (قوله : ويتعين الطريق الثاني) هو قول المصنف ولهم القسمة مهايأة ، والطريق الأولى قوله بنصب خشبة في عرض إلخ (قوله : فتمتنع المهايأة) هذا قد يخالف ما مر في قوله ولا نظر لزيادة الماء ونقصه من **التراضي** إلا أن يقال : المراد بالامتناع هنا عدم الإجبار على ذلك فلا منافاة ، لكن يرد على ذلك أن المهايأة لا إجبار فيها ، فالأولى أن يقال : يصور ذاك بزيادة تارة من غير اعتياد كتحرك هواء ونحوه ، وما هنا بما إذا عهدت الزيادة تارة والنقص أخرى من غير اعتياد وقت بخصوصه للزيادة و آخر للنقص (قوله : صح) أي وإن لم يأخذه لكن إذا تأخر مدة واختلط فيها الحادث بالموجود وتنازعا جاء فيه ما قيل في بيع الثمرة إذا اختلط حادثها بموجودها وهو تصديق ذي اليد .

___

.." (٣)

---

(١) حاشية الشبراملسى، ٦٢/٢٤

(٢) حاشية الشبراملسى، ٨١/٢٥

(٣) حاشية الشبراملسى، ٨٤/٢٥

"""""""""" صفحة رقم ١٩١ """""""

وأنكره فالقول في ذاك قولها

وليس له منها خيار ينيله

واستثنى أيضا ما لو أعسر بالمهر حتى يمتنع فسخها به شرح م ر . وقوله في ذاك قولها لترجيح جانبها بالولد ، فإن نفاه عنه صدق بيمينه لانتفاء المرجح ، وكذا يصدق بيمينه إن لم يكن لها ولد وعليها العدة مؤاخذة لها بقولها وطئت ولا نفقة لها ولا سكنى عملا بإنكاره الوطء ؛ شرح الروض . وقوله بعد سمت أنت فيها ، أي إذا قال لطاهر أنت طالق للسنة فقال وطئت في هذا الطهر فلا طلاق حالا لكونها بدعيا وقالت لم تطأ فيقع حالا صدق ؛ لأن الأصل بقاء العصمة . وقوله سمت أتى به لأجل النظم . وقوله فالقول قولها أي لحلها للأول لا لتقرير مهرها ، ويقبل قوله بالنسبة لدفع كمال المهر بل عليه النصف فقط . وقوله بعد في ذاك قولها أي بالنسبة لدفع الفسخ وهو لدفع كمال المهر .

فرع : سئل العلامة الزيادي عن شخص حلف بالطلاق أنه لا يسافر إلا بإذن من أبي زوجته مثلا وسافر ثم ادعى عليه أبو الزوجة أنه سافر بغير إذنه فقال إنما سافرت بإذنك فمن يصدق منهما ؟ فأجاب بأن القول قول الزوج بالنسبة لعدم وقوع الطلاق لأن العصمة بيده فلا تزال إلا بيقين اه عبد البر .

٣ ((فصل : في الصداق)) ٣

بفتح الصاد وكسرها مأخوذ من الصدق ، لإشعاره بصدق رغبة الزوج في الزوجة ، وقيل : مشتق من الصدق بفتح الصاد وسكون الدال اسم للشديد الصلب ، فكأنه أشد الأعواض لزوما من جهة عدم سقوطه **بالتراضي** ، ويندب كونه من الفضة ، وجمعه أصدقة وصدق والأول جمع قلة والثاني كثرة . وأشار للأول في الخلاصة بقوله :

في اسم مذكر رباعي بمد

ثالث افعلة عنهم اطرد وللثاني بقوله :

وفعل لاسم رباعي بمد

قد زيد قبل لام اعلالا فقد وله ثمانية أسماء مجموعة في بيت :

صداق ومهر نحلة وفريضة

حباء وأجر ثم عقر علائق وزاد بعضهم ثلاثة في بيت فقال :

وطول نكاح ثم خرص تمامه ا

ففرد وعشر عد ذاك موافق ويزاد على ذلك صدقة فتكون اثنى عشر . ونطق القرآن العظيم منها بستة : الصدقة." (١)

"""""""""" صفحة رقم ١٩٩ """""""

معنى . قوله : (ولا يشترط علم الزوجين بقدر مهر المثل) هذا محله فيما قبل الوطء ، أما بعده فلا يصح تقديره إلا بعد علمهما بقدره قولا واحدا ؛ لأنه قيمة مستهلك ، وهو البضع أي منفعته . وعبارة شرح م ر : بدل تالف . قوله : (

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ١٩١/٤

لأنه) أي ما تراضيا عليه . قوله : (بل الواجب أحدهما) أي ما تراضيا به ومهر المثل . قوله : (**بالتراضي**) أي من الزوجين .

قوله : (أو يفرضه الحاكم) أي بعد تقدم دعوى صحيحة منها عنده ، والمراد بالحاكم الذي تقع الدعوى بين يديه . قوله : (لأن منصبه) بكسر الصاد بوزن مسجد اه مصباح . قوله : (فصل الخصومة) وإلزام المعاند . قوله : (من نقد البلد) المراد بالبلد بلد الفرض يوم الفرض ونقد ذلك اليوم على المعتمد ، وفي كلام ابن حجر بلد الفرض فيما يظهر ، قال : وعليه فهل يعتبر يوم العقد أو الفرض كل محتمل ، قال : ولا ينافي قولنا بلد ا لفرض من عبر ببلد المرأة لاستلزام الفرض حضورها أو حضور وكيلها ؛ فالتعبير ببلد الفرض لتدخل هذه الصورة أولى . قوله : (كما في قيم المتلفات) أي من كونها يشترط أن تكون حالة من نقد البلد . قوله : (ولا بغير نقد البلد) المناسب ولا من غير نقد البلد . قوله : (ويشترط) أي في نفوذ الحكم وجواز الإقدام على الفرض علم الحاكم الخ ، حتى لو فرض غير عالم ثم تبين الأمر كذلك لم يصح . وعبارة الشوبري : فإن قلت ينبغي أن يكون هذا شرطا لجواز تصرفه لا لنفوذه لو صادفه في نفس الأمر . قلت : لا بل الذي دل عليه كلامهم أنه شرط لهما لأن قضاء القاضي مع الجهل لا ينفذ وإن صادف الحق ، فعلمه شرط لجواز الإقدام وللتقرير . قوله : (ولا يصح فرض أجنبي) أي لا يلزم الزوجين الرضا به ، فإن رضيا به صح والمراد بالأجنبي ما ليس وليا ولا سيدا ولا وكيلا ولا ولدا يلزمه إعفاف أصله . قوله : (من ماله) ليس بقيد ، وعبارة م ر : ولا يصح فرض أجنبي ولو من ماله بغير إذن الزوج اه . فيشمل ما إذا فرض من مال الزوج بغير إذنه فلا يصح ، فإن أذن له جاز قطعا كما صرح به الشارح على المنهاج . قوله : (لأنه خلاف ما يقتضيه العقد)." (١)

""""""""" صفحة رقم ٥١١ """""""

مع بقاء الحدقة . قوله : (وشرائط وجوب القصاص) المراد بها الجنس ، أو ما فوق الواحد بدليل الأخبار .

قوله : (بعد الشروط) أي غير الشروط الخمسة أي بالنظر لما زاده الشارح وإلا فالذي قاله : المصنف فيما تقدم أربعة وهذا يفيد أن شروط القصاص في النفس شروط له في الطرف وزاد عليها اثنين وصح الإخبار به عن شرائط لأنه أريد بها الجنس أو أطلق الجمع على اثنين مجازا أو حقيقة على قول اه رحماني . قوله : (اليمنى باليمنى) نائب فاعل لمحذوف تقديره فتقطع اليمنى الخ . قوله : (فلا تقطع يسار بيمين) أي لا يجوز ذلك ولا يعتد به وإن تراضيا عليه يقع قصاص وفي المقطوعة بدلا من الدية دون القصاص نعم **التراضي** المذكور يتضمن العفو عن القصاص فتجب الدية برماوي والباء في قوله بيمين داخلة على المجني عليه وكذا فيما بعده . قوله : (في البدن) أي في اسمه أو وصفه ، كما يؤخذ من أمثلته ق ل ونسخة البدل أي الدية . قوله : (أي الجاني) لعل النسخة للجاني بلامين أو كلامه على حذف مضاف أي طرف الجاني الخ تأمل . قوله : (أو شلت) بفتح أوله . قال : في المصباح شلت يده شللا من باب تعب اه وأصله : شللت بكسر اللام الأولى ثم أدغمت إحدى اللامين في الأخرى . وقوله يده أي الجاني . قوله : (لانتفاء المماثلة)

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ١٩٩/٤

أي حال الجناية .

قوله : (بغير إذن الجاني) ليس بقيد بل مثله ما إذا أذن له في قطعها قصاصا وأما إذا أذن له في." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣٤٦ """"""

عقدوا معا وعين كل قدرا . قوله : (أجرة مطلقة) أي لم يعين كل منهم قدرا بأن قالوا استأجرناك لتقسم لنا بكذا . قوله : (المأخوذة) عبارة شرح التحرير . وخرج بزيادتي المأخوذة الحصص الأصلية في قسمة التعديل فأن الأجرة ليست على قدرها بل على قدر الحصص المأخوذة قلة وكثرة . لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل اه بحروفه . هذا إذا كانت الإجارة صحيحة وإلا فالموزع أجرة المثل على قدر الحصص مطلقا أي عين كل قدر أو لا شرح المنهج فإن كانت الشركة في أرض نصفين وعدل ثلثها بثلثها فالصائر إليه الثلثان يعطي من أجرة القسام ثلثيها والآخر يعطي ثلثها ورجح البلقيني أن كلا منهما يعطى النصف اه . بكري ولو استأجروه لكتابة الصك فالأجرة أيضا على الحصص كما جزم به الرافعي آخر الشفعة اه ع ش على م ر .

قوله : (ثم ما عظم ضرر قسمته الخ) تكميل للأقسام لأن المتن تكلم على قسمة ما لا ضرر فيه وسواء كان الضرر لكل الشركاء أو بعضهم كما في مسألة العشر المذكورة . وقوله : منعهم أي كلهم إن كان الضرر للجميع أو منع من لحقه الضرر كصاحب العشر في الصورة الآتية . قوله : (إن بطل نفعه) المقصود منه أي على حالته التي هو عليها لا ما يطرأ قصده ح ل . قوله : (منعهم الحاكم منها) أي وجوبا ولو تنازع الشركاء فيما لا يقسم انتفعوا به مهايأة ولكل الرجوع متى شاء أو أجروه لبعضهم أو لغيرهم . فإن لم يرضوا بذلك أجبرهم الحاكم على إجارته إن أمكن وإلا فعلى الانتفاع به مهايأة اه برماوي . قوله : (لم يمنعهم) لأن الحق لهم ولم يجبهم لما فيه من الضرر وعبارة شرح م ر . لم يمنعهم لإمكان الانتفاع بما صار إليه منه على حاله أو باتخاذه محلا صغيرا ، كدكان ولا يجبهم إلى ذلك لما فيه من إضاعة المال وكان مقتضى ذلك منعه لهم غير أنه رخص لهم فعل ما ذكر بأنفسهم تخلصا من سوء الم شاركة ، نعم بحث جمع أخذا مما مر من بطلان بيع جزء معين من نفيس أن ما هنا في سيف خسيس وإلا منعهم اه . قال ع ش : عليه وإطلاقهم يخالفه . ويفرق بين ما هنا وثم بأن ذاك التزام فيه ما يؤدي إلى النقص بعقد . وقد منعه الشرع من التسليم فقلنا بفساده . ولا كذلك هنا فإن كسر السيف بمجرد التراضي أشبه ما لو قطع ذراعا من ثوب نفيس . لغرض البيع وهو جائز كما مر اه . قوله : (كحمام) هو محل الاستحمام لا مع نحو مستوقد . وقوله : وطاحونة هو محل دوران الدواب ، حول الحجر لا مع نحو دار الدواب . اه ق ل على الجلال وأول من صنع الحمام والطاحون والزجاج والصابون والنورة الجن . ونظم ذلك بعضهم بقوله :

حمام طاحون زجاج نورة

صابون صنع الجن هذي الخمسة." (٢)

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٥١١/٤

(٢) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٤٦/٥

""""""""" صفحة رقم ٣٤٨ """""""

الموات أو الملك في أحد جوانب الدار دون باقيها فهل يتعين إعطاؤه لما يلي ملكه بلا قرعة ، وتكون هذه الصورة مستثناة من كون القسمة إنما تكون بالقرعة أو لا بد من القرعة حتى لو خرجت حصته ، من غير جهة ملكه لا تتم القسمة أو يصور ذلك . بما إذا كان الموات أو المملوك محيطا بجميع جوانب الدار فيه نظر ولا يبعد الأول للحاجة مع عدم ضرر الشريك ، حيث كانت الأجزاء مستوية اه . وصرح به م ر فيما بعد . قوله : (صورة وقيمة) سواء كان مثليا أو متقوما فمثال المثلي الدراهم ، والحبوب ، والأدهان ، ومثال المتقوم : أرض متفقة الأجزاء ودار متفقة الأبنية . قوله : (فهو الأول) وهو قسمة الإفراز وقوله : فالثاني أي قسمة التعديل وقوله : فالثالث أي الرد . قوله : (القسمة بالأجزاء) ويصح قسمة الإفراز فيما تعلقت الزكاة به قبل إخراجها ثم يخرج كل زكاة ما آل إليه ولا تتوقف صحة تصرفه على إخراج الزكاة س ل . قوله : (وإلى هذا النوع والنوع الثاني) وأما النوع الثالث فلم يدخل في كلامه لأنه لا إجبار فيه كما يأتي وقد قال : هنا لزم الآخر إجابته . والحاصل أن قوله : وإلى هذا النوع والنوع الثاني يقتضي أن القسمين داخلان في المتن ، مع أن الشارح سيذكر القسم الثاني بقوله : النوع الثاني الخ . والجواب : أن ذكر الشارح له زيادة إيضاح وبيان لأمثلته وفروعه . قوله : (متفقة الأبنية) قال في شرح العباب : بأن كان في جانب منها بيت وصفة . وفي الجانب الآخر كذلك والعرصة مستوية الأجزاء اه سم . قوله : (وأرض مستوية الأجزاء) أي متساوية في القوة والضعف ، وليس فيها نحو زرع فتقسم وحدها ولو إجبارا فإن كان فيها زرع لم تصح قسمته وحده ولا قسمتهما معا ، نعم إن كان لم يبد صلاحه جازت قسمتهما معا بالتراضي ويجوز قسمة الكتان بعد نفض رؤوسه ومعياره الوزن . قال شيخنا : ويصح قسمة الثمر على الشجر من نخل وعنب خرصا ولا يصح قسمة غيرهما ، وشملت الأرض شركة الوقف ولو مسجدا فتجوز قسمتها معه في هذا النوع دون غيره على المعتمد ق ل ، وانظره . مع ما تقدم قريبا من أنه لا تصح قسمة الوقف إلا أن يحمل كلامه على غير قسمة الإفراز .

قوله : (مثلا) راجع للكتابة لأن القرعة لها طرق كثيرة عند العوام . قوله : (أو جزء) عطف على." (١)

""""""""" صفحة رقم ٣٥٣ """""""

القاسم ، إذا كانت منصوبا للحاكم أو محكما لهما فلا يجوز . قوله : (ولو استحق بعض مقسوم) ولو بان فساد القسمة وقد أنفق أو زرع ، أو بنى مثلا أحدهما أو كلاهما جرى هنا ما مر فيما إذا بان فساد البيع وقد فعل ذلك ، ولكن الأقرب هنا عدم لزوم كل شريك زائد على ما يخص حصته من أرض نحو القلع شرح م ر . وقوله : جرى هنا ما مر أي من عدم الرجوع بالنفقة والقلع مجانا . قوله : (وليس سواء) أي وليس البعض المستحق مقسوما بينهما بالسوية بأن اختص به أحدهما أو أصابه منه أكثر . قوله : (شائعا) بأن ادعى على الورثة بأن أباهم أوصى له بثلث غنمه وكانوا قسموها . قوله : (بلا بينة) فإن كان هناك بينة أجابهم وهي رجلان أو رجل وامرأتان لا شاهد ويمين وقيل يكفي وهو المعتمد . لأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك ، وهو علة لقوله لم يجبهم . وعبارة ز ي : أما إذا أقاموا بينة ول و

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٤٨/٥

رجلا وامرأتين فيجيبهم . واعترض ابن سريج بأن البينة إنما تقام وتسمع على خصم ولا خصم هنا . وأجاب ابن أبي هريرة : بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك . وقد يكون لهم خصم غائب فتسمع البينة لتحكم لهم عليه . قال ابن الرفعة : وفي الجواب نظر . قالا في الروضة : كأصلها . قال ابن كج : ولا يكفي شاهد ويمين لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون خصم يرد عليه ، لو حصل نكول وقال ابن هريرة : يكفي . قال الأذرعي : وبه جزم الدارمي واقتضاه كلام غيره وهو الأشبه اه شرح البهجة . قوله : (لم يجبهم) أي لم تجب إجابتهم شوبري لأنه قد يكون في أيديهم بإجارة أو إعارة . فإذا قسمه بينهم فقد يدعون الملك محتجين بقسمة القاضي وقال الماوردي : لأن قسمة القاضي إثبات لملكهما ، واليد توجب إثبات التصرف لا إثبات الملك ع ن ، وسمعت البينة هنا مع عدم سبق دعوى للحاجة شرح م ر .

فروع : يصح قسمة المنافع المملوكة ولو بـوصية مهايأة ، ولا إجبار فيها ولا تصح بغير المهايأة فإن اتفقوا عليها وتنازعوا في البداءة ، أقرع بينهم ولكل منهم الرجوع متى شاء . ومن استوفى زائدا على حقه لزمه أجرة ما زاد على قدر حصته من الزائد وإن امتنعوا من المهايأة أجر الحاكم العين ، وقسم الأجرة بينهم ولا تصح قسمة الديون في الذمم ولو **بالتراضي** . وكل من أخذ منها شيئا لا يختص به ، كذا قالوا هنا : فانظره مع قولهم : إن محل عدم الاختصاص في ثلاث مسائل فيما يأخذه أحد الورثة من الدين الموروث . وفيما يأخذه أحد سيدي المكاتب من نجوم الكتابة ، وفيما يأخذه أحد الموقوف عليهم من ريع الوقف عليهم فراجع وحرر اه ق ل على الجلال .." (١)

---

(١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ٣٥٣/٥